



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

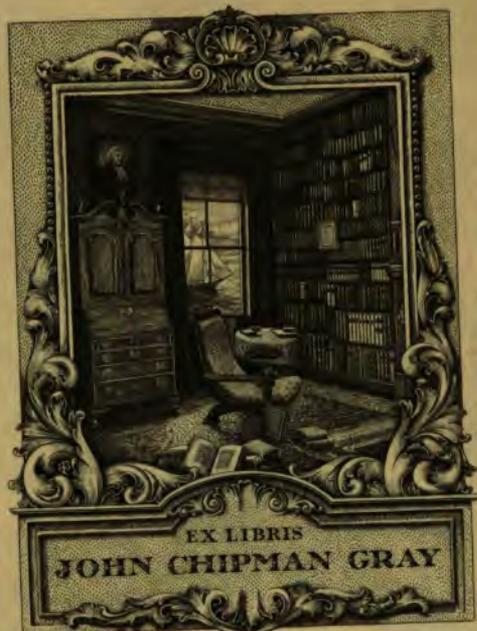
Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY

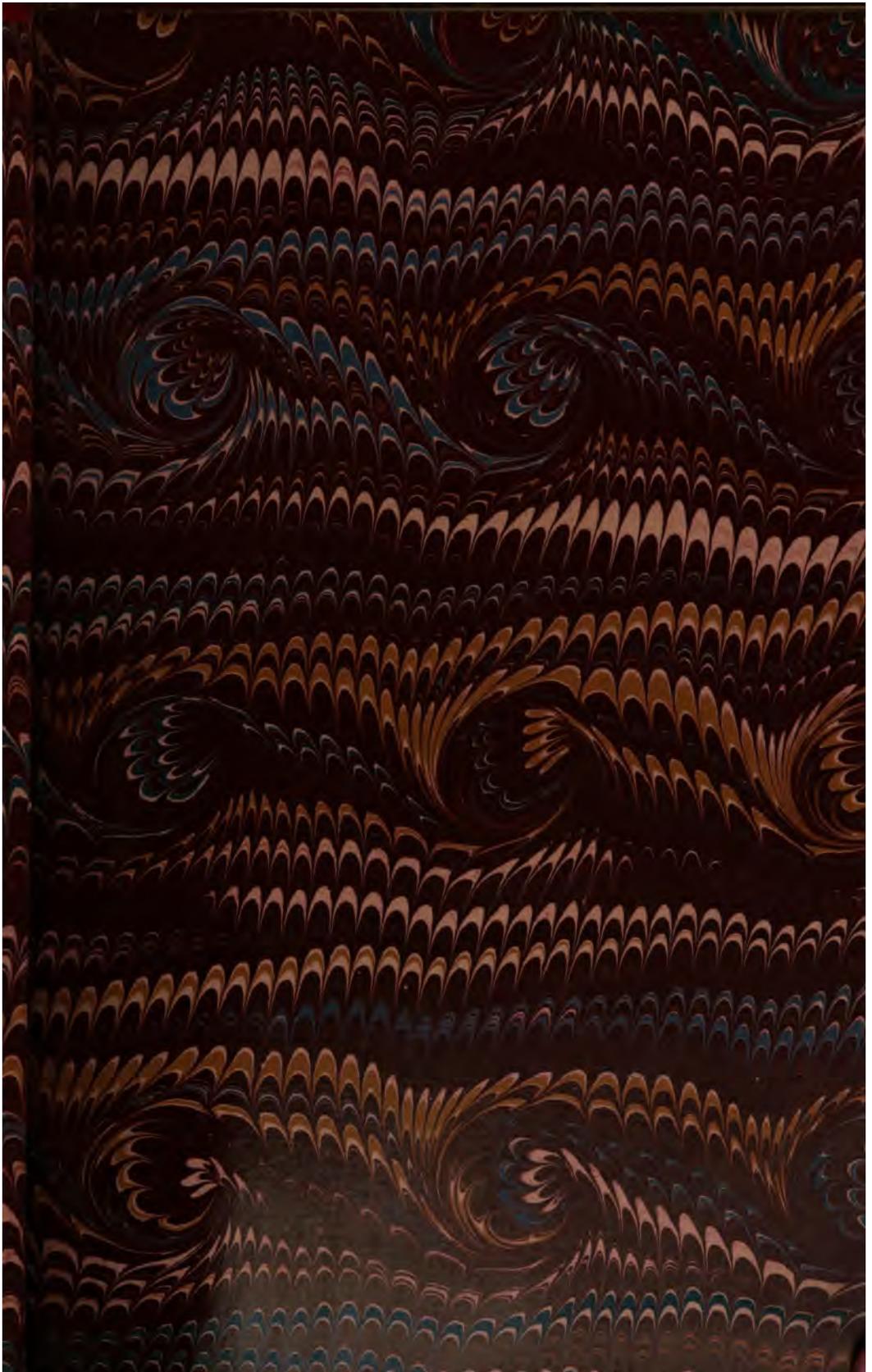


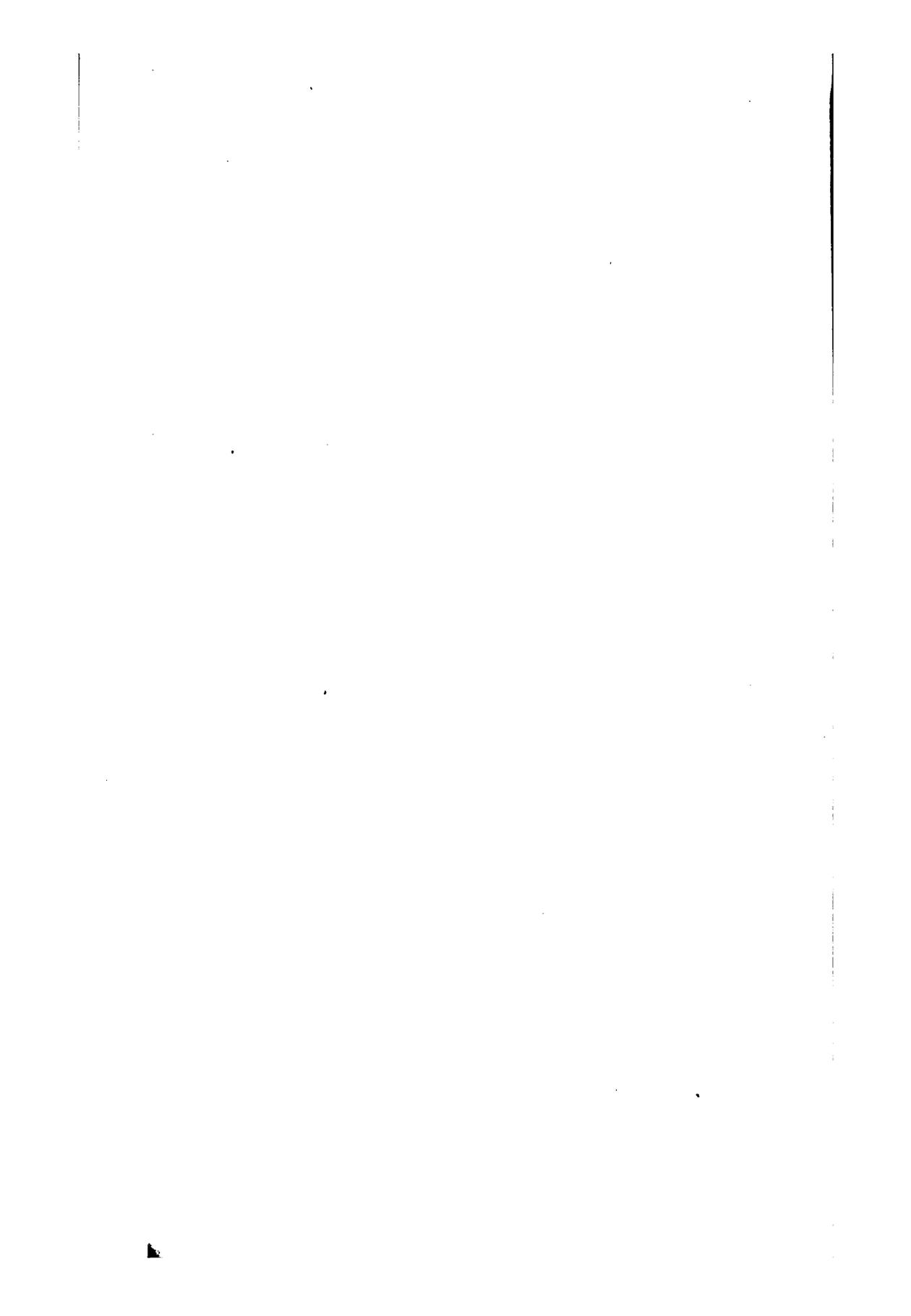
3 2044 097 769 947

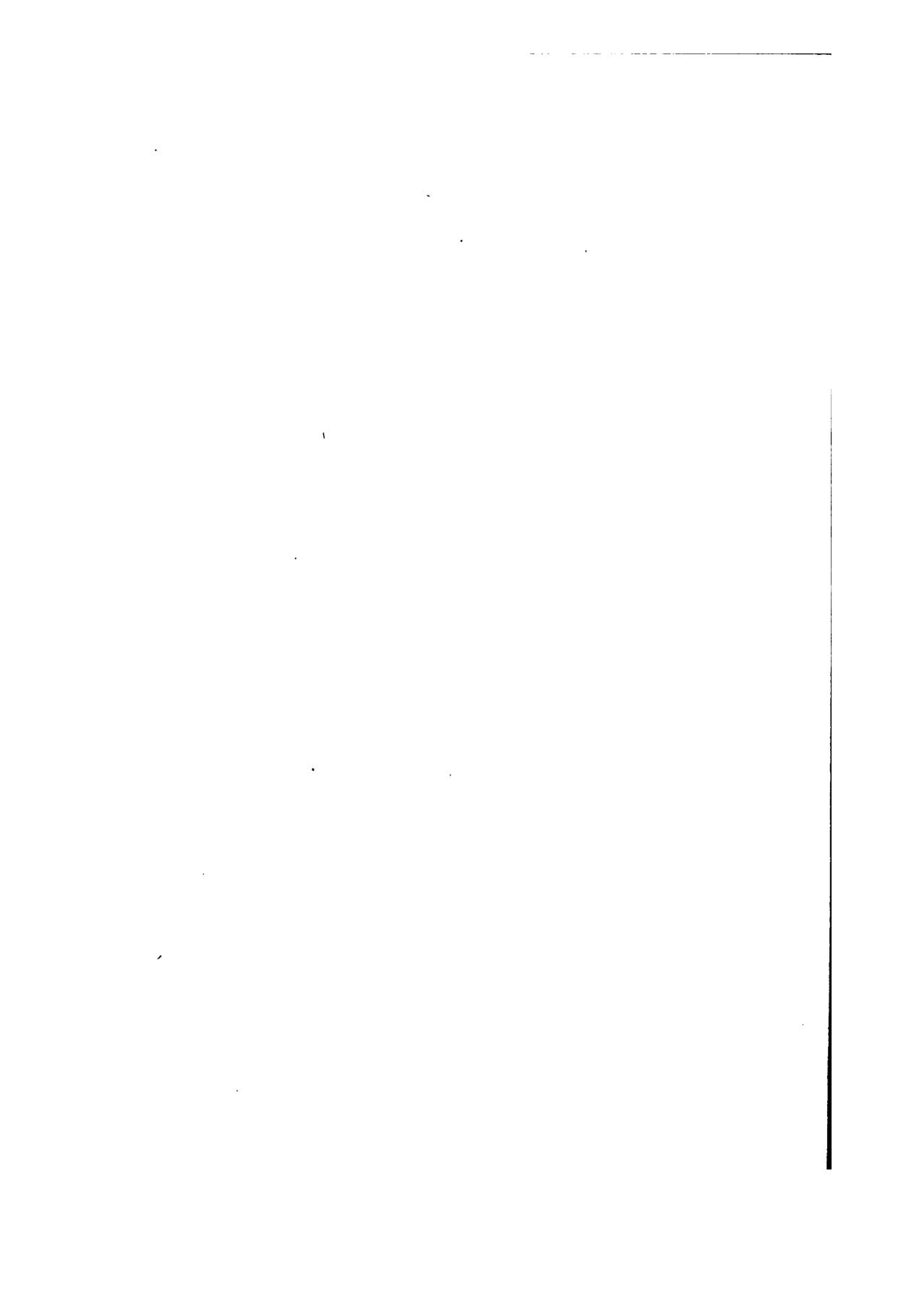


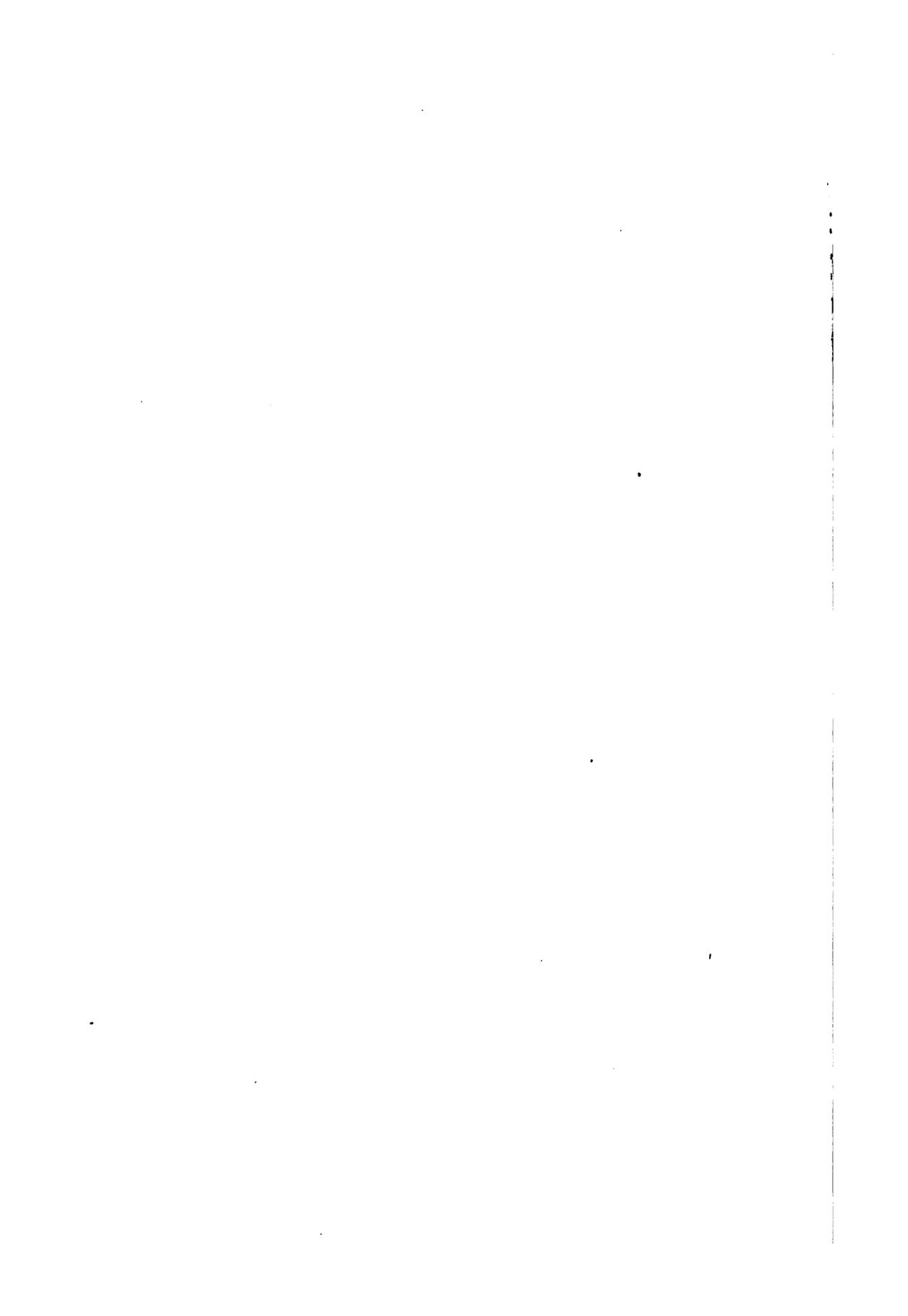


EX LIBRIS
JOHN CHIPMAN GRAY









1. 1. 5

BEITRÄGE ZUR KUNDE

DES

PRÄTORISCHEN EDICTS

VON

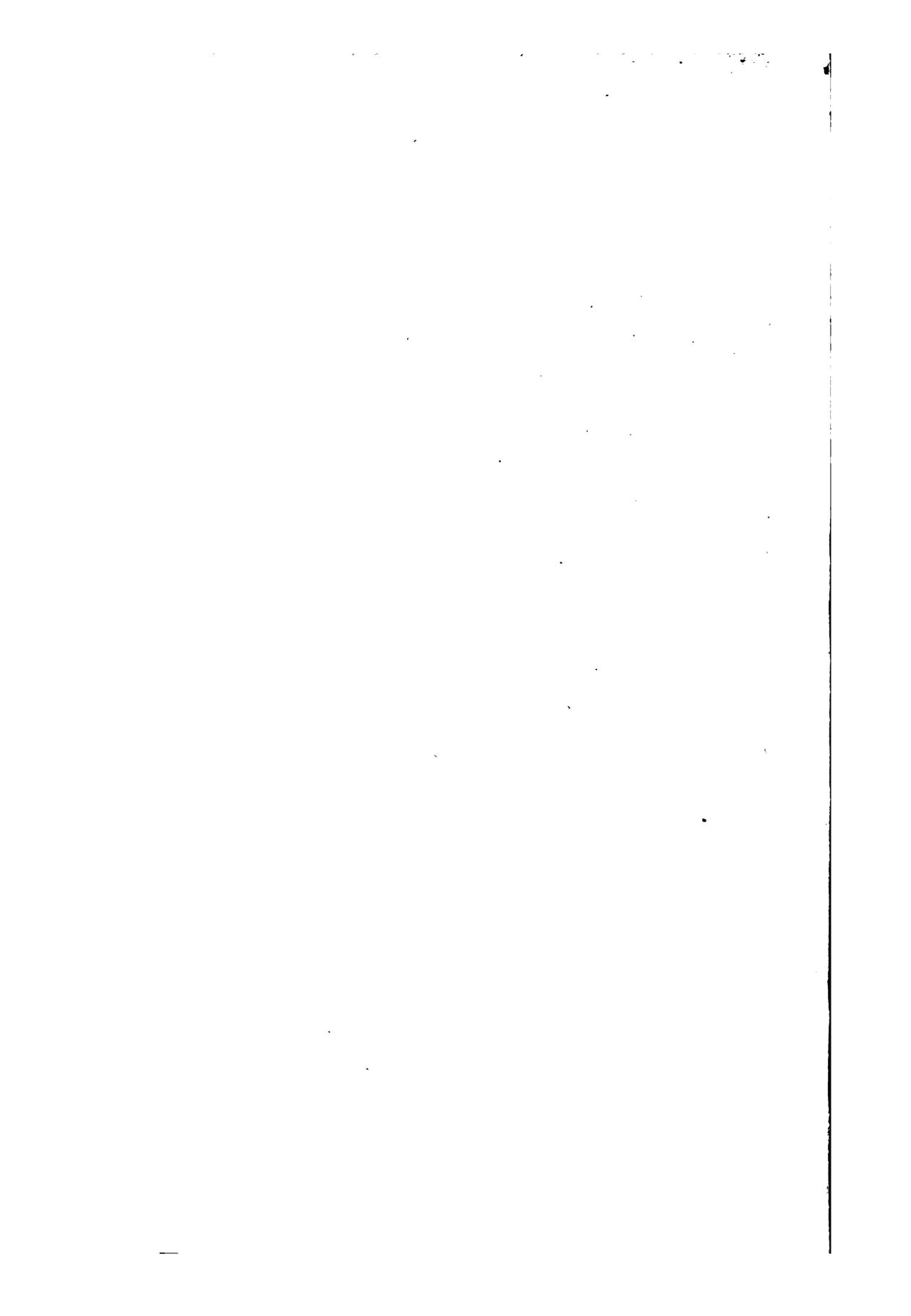
DR. OTTO LENEL,
PRIVATDOCENT AN DER UNIVERSITÄT LEIPZIG.



STUTT GART.

VERLAG VON FERDINAND ENKE.

1878.



* BEITRÄGE ZUR KUNDE^c

DES

PRÄTORISCHEN EDICTS

VON

DR. OTTO LENEL,
PRIVATDOCENT AN DER UNIVERSITÄT LEIPZIG.



STUTTGART.

VERLAG VON FERDINAND ENKE.

1878.

748^D

f

For TX
L565

APR 6 1933

4/6/33

Druck von GEBRÜDER KRÖNER in Stuttgart.

V o r w o r t.

Eine wie grosse Rolle der Wortlaut des Edicts und seiner Formeln in der Rechtswissenschaft der Römer spielt, wie oft namentlich das Verständniss der überlieferten Edictcommentare durch die Kenntniss dieses Wortlauts bedingt ist, wie vielfach wir durch dessen zuverlässige Wiederherstellung Aufschluss in rechtshistorischen Fragen gewinnen, ist allgemein bekannt. Bei aller Bewunderung vor Rudorffs epochemachendem Werke wird doch Niemand, der sich mit dem *Edictum perpetuum* näher beschäftigt hat, darin den Abschluss der Forschung auf diesem Gebiete erblicken. Die Aufgabe überstieg die Kräfte auch des ausgezeichneten Einzelnen, und wer im Grossen arbeitet, wird sich in das Detail nicht mit derjenigen Liebe versenken können, welche notwendig ist, um keinen der oft nicht leicht wahrnehmbaren Fingerzeige in den Quellen zu übersehen. Für ergänzende Nacharbeit bietet sich daher Fülle des Stoffs. Wenn ich unter den zahlreichen Edictsstücken, deren Reconstruction durch Rudorff meines Erachtens erweislich fehlerhaft ist, gerade das Publicianische Edict und die Formel der *actio de eo quod certo loco* zum Vorwurf dieser Beiträge gewählt habe, so liegt die Ursache in dem mannigfach verzweigten rechtsgeschichtlichen Interesse, welches sich an diese Bestandteile des Edictes knüpft, ein Interesse, dem sie es auch verdanken, dass ihre Fassung

bis in die neueste Zeit nicht aufgehört hat, Gegenstand der Controverse zu sein.

Die Natur der Aufgabe, die ich mir gestellt habe, führt auch den Vorsichtigen in die Gefahr der Hypothesensucht: es ist nicht immer leicht, gewissenhaft zu entscheiden, was als wohlbegründete Combination erlaubt oder gar geboten, was als bodenlose Conjectur zu verwerfen ist. Ob es mir gelungen, hier im Ganzen die richtige Grenze einzuhalten, darüber muss ich das Urtheil dem Leser anheimstellen; versichern darf ich, dass ich überall redlich bestrebt war, aus den Quellen heraus, nicht in sie hinein zu arbeiten.

Zu spät zur Benützung wurde ich auf eine im literarischen Centralblatt (1876, S. 398) erschienene Kritik der Huschke'schen Schrift über das Recht der Publicianischen Klage aufmerksam: der fälschliche Titel „Huschke, zur Pandektenkritik“, unter welchem dieselbe dort abgedruckt ist, verursachte das Uebersehen. Ich freue mich, mit dem anonymen Verfasser (C.) sowohl in der Auffassung des *qui bona fide emit* in fr. 7 § 11 de Publ. als in der Annahme zusammenzutreffen, dass das Edict den bonitarischen Eigentümer in jedem Falle der *traditio ex iusta causa* schützte, unter den *b. f. possessores* dagegen nur dem *b. f. emptor* ausdrücklich *actio* verhieß.

Auf S. 8 n. 17 und auf S. 14 n. 25 ist statt „n. 38“ zu lesen: n. 41; auf S. 16 Z. 5 des Texts v. u. bitte ich, hinter „fr. 11“ die Worte einzuschieben: „soweit derselbe nicht das Werk der Compileren ist“.

Leipzig, im Mai 1878.

Der Verfasser.

Das Publicianische Edict.

Ein Versuch zu dessen Reconstruction.

Das Publicianische Edict ist uns im Texte der Digesten verderbt überliefert: diese Tatsache wird kaum ein Kundiger bezweifeln. Um so endloser ist der Streit, wie dasselbe gelautet habe, ehe die Hand der Compileren oder Abschreiber über es kam. Die Frage ist namentlich vom historischen Standpunkte interessant, wegen ihrer Bedeutung für die Einsicht in die Geschichte des bonitarischen Eigentums und der *bonae fidei possessio*. Sie ist aber auch praktisch nicht ohne Belang, da ohne ihre Erledigung das für die Auslegung hochwichtige Verständniss der Structur des Ulpianischen Edict-commentars nicht zu gewinnen ist.

In der nachstehenden Abhandlung hoffe ich zu zeigen, dass mit dem von den Quellen hier gebotenen Material bei gehöriger Benutzung ein in vielen Punkten sicheres, in andern wenigstens sehr wahrscheinliches Ergebniss erreicht werden kann. Die Verwertung desselben für das praktische Recht bleibt späterer Untersuchung vorbehalten.

I.

Nach fr. 1 pr. h. t. (6. 2) hatte das Edict folgenden Wortlaut:

Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.

Ich stelle zunächst die Beweisgründe für die Verderbtheit dieses Texts zusammen.

1. Dringend verdächtig sind vor Allem die Worte *id quod traditur*. Rein sprachlich betrachtet könnten dieselben ein Doppeltes bedeuten: entweder „etwas, was tradirt wird“, oder „etwas, was der Tradition fähig ist (*id quod traditionem recipit*)“. In keiner dieser beiden Bedeutungen können sie aber einen Bestandteil des ursprünglichen Edicts gebildet haben.

Nicht in der ersten. Das prätorische Edict, wie die römische Gesetzessprache überhaupt, zeichnet sich überall durch eine fast peinliche Sorgfalt der Stilisirung aus, eine Sorgfalt, die namentlich auch in dem Ausdruck der Zeitverhältnisse hervortritt. Das Publicianische Edict nun hatte nicht, jedenfalls nicht bloss, diejenigen Traditionen im Auge, welche sich im Moment seiner Erlassung vollzogen („etwas, was tradirt wird“), sondern allein oder vorzugsweise künftige Traditionen. Da nun diese für das gleichfalls künftige „*si quis petet*“ die Voraussetzung, d. h. ein Vergangenes bilden, so erhellt, dass der Prätor, wenn er nicht kurz und am besten *si quis rem traditam petet* sagen wollte, das Futurum Exactum „*id quod traditum erit*“ gebrauchen musste¹⁾. So heisst es genau entsprechend z. B. in dem Edict über den *metus*: „*quod metus causa gestum erit, ratum non habeo*“; in dem Paulianischen Edict: „*quae — gesta erunt, de his ei, cui oportebit, actionem dabo*“²⁾. Zwar fehlt es keineswegs an Schriftstellern, welche das *id quod traditur* dadurch rechtfertigen zu können glauben, dass sie sich auf die unbestreitbare grammatische Tatsache berufen: *praesens tempus pro praeterito saepe poni*. So

¹⁾ Schulin (krit. Vjschr. XVIII, S. 545) meint, das Präsens *traditur* könne neben dem Futurum *petet* „nicht als unlogisch bezeichnet werden“ Gewiss nicht! Aber die Frage ist ja nicht, ob der Satz „*si quis id quod traditur petet*“ rein logisch betrachtet halthar ist, sondern ob er dem Gedanken des Prätors entspricht: der Prätor aber dachte nicht an *id quod traditur*, sondern an *id quod traditum erit*.

²⁾ Fr. 1 qu. met. causa (4. 2), fr. 1 pr. quae in fraud. (42. 8).

schon Accursius in der Glosse, indem er darauf aufmerksam macht, dass in c. 28 § 1 de episcop. (1. 3) *oritur* für *ortus est* stehe. Dann wieder Noodt in seinem Commentar zu unserem Titel, und ihm folgend z. B. Guyet³⁾, van Reenen⁴⁾, Obrock⁵⁾, Cuq⁶⁾. Allein es ist augenscheinlich, dass diese Verteidiger des *traditur*, welche zudem sämmtlich von der irrigen Meinung ausgehen, dass nach der syntaktischen Regel statt *traditur* ein *traditum est* zu erwarten wäre, nicht nur die besondern Gesetze der Edictsprache ausser Augen lassen, sondern auch die eigentümliche Natur der Fälle verkennen, in denen bei römischen Schriftstellern eine Vertretung des Präteritum durch das Präsens nachweisbar ist, — in letzterer Beziehung hätten die von Noodt angezogenen Noten des Perizonius ad Sanctii Minervam lib. I. cap. 13, richtig benutzt, ihm und seinen Nachtretern Aufklärung verschaffen können.

Der Schriftsteller, welche das *id quod traditur* durch *id quod traditionem recipit* umschreiben, gibt es nur sehr wenige. Es gehören dahin Guyet und Obrock a. a. O., welche diese Deutung übrigens nur für zulässig, nicht für geboten halten, und Kritz⁷⁾. Die sachliche Unmöglichkeit dieser Interpretation braucht kaum nachgewiesen zu werden. Es wäre (was freilich die genannten Juristen nicht anerkennen) auf diese Weise notwendig, die Worte *ex iusta causa* von *traditur* zu trennen und zu *petet* zu ziehen: denn mit einem „*id quod traditionem ex iusta causa recipit*“ ist kein gesunder Gedanke zu verbinden. Dann wäre also neben Traditionsfähigkeit des Streitgegenstands einzige edictmässige Voraussetzung der Publiciana das Vorhandensein einer *iusta causa*

³⁾ De Public. in rem. act., Heidelb. 1823, p. 30.

⁴⁾ In den Tex, fontes tres iur. ciu. p. 58.

⁵⁾ De Publ. i. r. act., Gott. 1843, p. 9.

⁶⁾ Nouv. revue hist. 1877, p. 625.

⁷⁾ Darstellung praktischer Materien S. 81 fgg.

petendi gewesen; der Prätor hätte ein Edict des wunderbaren Inhalts erlassen, dass ein Jeder *actio* haben solle, der aus gerechter Ursache Klage erhebe! Das ist schlechterdings undenkbar und kann auch dadurch nicht plausibel werden, dass in dem Edictsreferat des fr. 3 § 1 h. t. (*ait Praetor: „ex iusta causa petet“*) die Worte „*ex iusta causa petet*“ zusammengehörig scheinen und dass in fr. 7 § 3 h. t. dem Besitzer *ex causa lucrativa* die Publiciana desshalb zugesprochen wird, weil er *iustus possessor et petitor* sei. Denn das Edictsreferat in fr. 3 § 1 ist selber verdächtig — ich komme darauf zurück — und Ulpian konnte wohl von einem *iustus petitor* sprechen, ohne dass im Edict von einer *iusta causa petendi* die Rede war. Ueberdies haben wir sehr zahlreiche andere Stellen, die gar keinen Zweifel darüber lassen, dass nicht die *petitio*, sondern die *traditio ex iusta causa* und nicht Traditionsfähigkeit, sondern geschehene Tradition des Streitgegenstands edictmässiges Erforderniss der Publiciana war. So heisst es bei Gai. IV. 36:

datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit,

in § 4 J. de action. :

si cui ex iusta causa res aliqua tradita fuerit,
bei Theophil. ad h. l.:

. . . ἐξ εὐλόγου αἰτίας παρέδωκός μοι ἀλλότριον πρᾶγμα,

in fr. 3 § 1 h. t.:

qui igitur iustam causam traditionis habet, utitur Publiciana,

in fr. 7 § 16 h. t.:

ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit et ei res emptā eo nomine sit tradita,

in den Basiliken XV. 2, 1:

ὁ κατὰ παράδοσιν λαβὼν παρὰ μὴ δεσπότου ἐξ εὐλόγου αἰτίας ἔχει τὴν πούβλικιανήν.

Kurz, die Guyet-Obrock-Kritz'sche Auslegung widerspricht dem einstimmigen Zeugniß der classischen wie byzantinischen Juristen, und das *id quod traditur* bleibt unerklärt.

2. Zum mindesten zweifelhaft ist die Echtheit der Worte *non a domino*⁸⁾, und jedenfalls standen sie in dem ursprünglichen Edicte nicht in dem Zusammenhange, in welchem sie uns der Digestentext überliefert.

Bekanntlich streitet man seit Jahrhunderten darüber, ob das *non a domino* zu ziehen sei zu dem nachfolgenden *petet* oder zu dem vorausgehenden *traditur*.

Die erstere Ansicht scheint mir von vornherein mehr als bedenklich. Mit Recht hat man⁹⁾ bemerkt, mit dieser Ansicht sei die Tatsache unvereinbar, dass es, um den Eigentümer gegen die Publiciana zu schützen, einer *exceptio* bedarf: hätte sich doch dann das Versprechen des Judicium selbst nur auf den Fall des *petere a non domino* bezogen, und ist uns doch kein einziger sicherer Fall überliefert, wo behufs Geltendmachung von Verteidigungsgründen, die schon im Edict über die *actio* anerkannt waren, die Erbitung einer *exceptio* notwendig gewesen wäre. Von solchen Verteidigungsgründen galt der Satz: *perpetuo insunt actioni*¹⁰⁾; ich verweise auf die Formeln der Seruiana, der Interdicte u. a. Gegen

⁸⁾ Sie werden von sehr Vielen angezweifelt (cf. Obrock, l. c. p. 19 und die daselbst in n. 9 Citirten), neuerdings von Mommsen in seiner Pandektenausgabe, Puntschart (Entwicklung des grundges. Civilrechts der Römer S. 354), Gimmertal (die Public. Klage und die Mancipation S. 65 fg.), Schirmer (krit. Vjschr. XVIII. S. 348), Brinz (Festgabe zum Arndts'schen Jub. S. 88 fg.).

⁹⁾ Zimmern, Rhein. Mus. f. Jur. III. S. 340, Huschke, Recht der Public. Klage S. 6 fg.

¹⁰⁾ Und zwar gehört hieher richtiger Ansicht nach auch die *exceptio annalis* bei den prätorischen Klagen; daher sich Mayer, Zschr. f. gesch. Rwiss. VIII, S. 22, mit Unrecht auf die Analogie des „*intra annum iudicium dabo*“ beruft, um die Möglichkeit einer trotz des „*si non a domino petet*“ erst noch zu erbittenden *exceptio dominii* nachzuweisen. Vgl. Lenel, Ursprung und Wirkung der Exceptionen, S. 54.

die Verbindung *non a domino petet* spricht ferner sehr energisch die bisher nicht genügend beachtete Ausdrucksweise des Neratius in fr. ult. h. t.:

Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur: eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio „si ea res possessoris non sit“.

Es scheint mir undenkbar, dass im Edict ausdrücklich die Publiciana nur gegen den *non dominus* versprochen gewesen, Neratius aber gleichwohl sich zum Beweis des „*Publiciana non ideo comparata est, ut res domino auferatur*“ nicht etwa auf den klaren Wortlaut des Edicts, sondern *primo loco* auf die *aequitas* und sodann auf die *exceptio* berufen haben sollte. (Wird man einwenden, die obige Stelle sei keinem Edictscommentar entnommen, und daraus die Nichtberücksichtigung des Edictstexts zu erklären? Ich sollte meinen: ein Raisonement, wie das dem Neratius zugetraute, sei bei einem Juristen, der das Edict überhaupt kannte, allüberall unmöglich, ja nicht bloss das Raisonement, sondern schon das Aufwerfen der Frage.) Ein drittes, vielleicht noch bedeutsameres, ja ausschlaggebendes Argument gegen die bekämpfte Ansicht liegt in Folgendem: die Worte *non a domino* oder *a non domino* kommen bei den römischen Juristen, wo sie von den Voraussetzungen der Publiciana handeln, sehr häufig vor, aber nirgends, auch nicht in einer einzigen Stelle, in Beziehung auf die Qualification des zu Belangenden, sondern ausnahmslos zur Bezeichnung desjenigen, von dem der publicianische Kläger den Streitgegenstand gekauft hat; nirgends ist die Rede von einem *non a domino petere*, sondern überall von einem *non a domino emisse*, z. B. *quamvis non a domino emerim, si a non domino emero* u. dgl.¹¹⁾ Diese zahlreichen

¹¹⁾ Cf. fr. 7 §. 11, 9 § 4, 12 § 3, 15 h. t., fr. 31 § 2 de act. emt. (19. 1), fr. 21 § 1 de pignor. (20. 1), fr. 11, 13 pr. de damn. inf. (39. 2), fr. 24 de exc. r. i. (44. 2). Schwer zu verstehen ist, wie Voigt (Ius naturale IV² S. 479 n. 16) sich auf diese Stellen zum Beweise der Echt-

und übereinstimmenden Stellen liefern meines Erachtens den vollen Beweis, dass die Worte *non a domino*, wenn sie überhaupt im Edicte standen, dort von einem *qui emit* oder dgl. abhängig waren ¹²⁾; denn wie hätten die Römer wirkliche Edictsworte constant in einem Zusammenhange citiren können, der dem Edicte fremd war, dagegen niemals in dem eigentlich edictmässigen Zusammenhange!

Mit den Stellen der n. 11 ist nun aber zugleich auch die Ansicht derer kaum vereinbar, welche die Verbindung *id quod traditur non a domino* für die edictmässige halten: von einem *tradi* oder *traditum non a domino* ist bei den römischen Bearbeitern der Publiciana ebenso wenig ¹³⁾ etwas zu entdecken wie von einem *petere non a domino*.

Ich sage: wenn die Worte *non a domino* im Edict standen, so waren sie abhängig von einem *qui emit* oder ähnl. Standen sie nun wirklich im Edict? Offenbar spricht die Uebereinstimmung der in n. 11 angeführten Stellen entschieden für Bejahung dieser Frage. Allein wir dürfen das Argument nicht überschätzen und nicht etwa glauben, die Sache sei damit schon über allen Zweifel hinaus ¹⁴⁾. Es findet sich die Verbindung *non a domino emisse* auch in den römischen Darstellungen der Usucapionslehre und sonst, wo *bonae fidei possessio* in Betracht kommt ¹⁵⁾, also in Fällen, wo an eine directe Legalunterlage des Sprachgebrauchs nicht gedacht

heit der Worte *non a domino* berufen und diese Worte demungeachtet mit *petet* verbinden kann.

¹²⁾ So, aber immerhin noch zweifelnd, auch Bruns in Bekkers Jahrb. IV, S. 14.

¹³⁾ Nur bei Gai. II. 43 finde ich von *res, quae non a domino nobis traditae fuerint*, gesprochen. Die Stelle handelt aber nicht von der Publiciana, sondern von der Usucapion und ist daher für Herstellung des Edictswortlauts nicht zu gebrauchen.

¹⁴⁾ So Voigt, a. a. O.

¹⁵⁾ Cf. § 35 J. de rer. diu. (2. 1), fr. 65 pr. de R. V., fr. 9 § 4 de iur. et facti ign. (22. 6), fr. 33 § 1 de usuc. (41. 3), fr. 2 § 21 pro emptore (41. 4) und sonst oft.

werden darf. Möglich, dass der einmal übliche Ausdruck aus dem Publicianischen Edicte sich dorthin verpflanzt hat; aber ist diese Annahme notwendig? wird man angesichts der letztern Stellen nicht auch die Meinung vertreten können, dass hier wie dort die Worte vielleicht nur desswegen gebraucht worden seien, weil sie eben den Juristen im betreffenden Falle die kürzesten, dienlichsten, nächstliegenden waren?

Gegen die Echtheit des *non a domino* darf man sich nun freilich nicht darauf berufen, dass die Quellen die Publiciana auch bei Kauf vom *dominus* gewähren (fr. 7 § 2 u. 4 h. t.); denn die Jurisprudenz könnte der Publiciana hier, wie ja auch sonst vielfach, Anwendung über den Wortlaut des Edicts hinaus gegeben haben, zumal, da ja die innere Berechtigung der ausdehnenden Interpretation hier so augenscheinlich war. Wohl aber verdient gewiss Beachtung die schon von Andern hervorgehobene Tatsache, dass die Digesten keinen Commentar zu den doch immerhin erläuterungsbedürftigen Worten *non a domino* überliefert haben, dass ferner in § 4 J. de action., wo die Anwendungssphäre der Publiciana anscheinend im Anschluss an den Wortlaut des Edicts bestimmt wird, diese Worte fehlen¹⁶⁾. Da indess auch diese Argumente nicht einwurfsfrei sind, — die Compileren können, auch ohne triftigen Grund, den betreffenden Abschnitt des Ulpian'schen Commentars gestrichen haben, die Institutionenstelle mag ungenau referiren —, so werden wir gut tun, unser Urtheil über die Echtheit des *non a domino* einstweilen zu suspendiren¹⁷⁾.

3. In fr. 3 § 1 und fr. 5 h. t. erläutert Ulpian den Begriff der *iusta causa traditionis*. Seiner Gewohnheit gemäss

¹⁶⁾ Ebenso auch bei Gai. IV. 36. Meine am Schlusse dieser Abhandlung dargelegte Auffassung dieser Stelle wird ergeben, warum ich mich auf dieselbe hier nicht berufe. Andern ist das Schweigen des Gaius Hauptargument für die Unechtheit des *non a domino*, z. B. C u q (s. n. 6) p. 627 sq.

¹⁷⁾ Vgl. n. 25 und 38.

müsste er diesen Abschnitt seines Commentars mit den Edicts-
worten eingeleitet haben, in welchen dies Erforderniss für die
Publiciana aufgestellt war. Statt dessen lässt ihn die Floren-
tina schreiben:

Ait Praetor: „ex iusta causa petet,“

als ob im Folgenden von einer *iusta causa petendi*, nicht
tradendi die Rede wäre. So kann Ulpian nicht geschrieben
haben. Wie ist also unser Text zu erklären? Man könnte
zunächst daran denken, dass der Abschreiber die Worte *id*
quod traditur vor *ex iusta causa* weggelassen hätte, — aber
gewiss wird zu diesem Auskunftsmittel eine vorsichtige Kritik
nur im äussersten Notfalle greifen. Es bleibt demnach nur
die Annahme, dass die Compileren in fr. 3 § 1 vor *ex iusta*
causa dasjenige Wort gestrichen haben, durch welches der
Prätor das Traditionserforderniss bezeichnet hatte. Hätte nun
das Edict ursprünglich so gelautet, wie es in fr. 1 pr. referirt
ist, so wäre ein solches Verfahren schlechthin unbegreiflich.
Sobald wir dagegen annehmen, dass die Worte *id quod tra-*
ditur dem echten Edicte fremd waren, wird es einleuchtend,
dass die Compileren in fr. 3 § 1 das Wort oder die Worte,
welche sie in fr. 1 pr. gestrichen oder verändert hatten, not-
wendig ebenfalls entweder streichen oder verändern mussten.

4. Ich komme zu dem wichtigsten Beweisgrund für die
stattgefundene Corruption des Edicts, einem Beweisgrunde,
der zugleich den ersten Baustein für die Reconstruction des-
selben abgeben wird. In fr. 7 § 11 h. t. berichtet Ulpian:

Praetor ait: „qui bona fide emit.“

Hier haben wir ein Stück Edict vor uns, welches in der Re-
daction der Compileren fehlt und über dessen Ortsange-
hörigkeit die verschiedensten Meinungen laut geworden sind.
Ich für meinen Teil schliesse mich entschieden der Meinung
derer an, welche zwei verschiedene Edicte annehmen: ein zum
Schutze des *b. f. emptor* erlassenes, dem die Worte „*qui b. f.*
emit“ angehören, und ein anderes, welches dem fr. 1 pr. h. t.
zu Grunde liegt; dann aber muss notwendig dieses letztere Edict

ursprünglich anders gelautet haben als in der Redaction der Compileren, nach welcher es auch den Fall der *b. f. emptio* umfasst.

Es ist nicht meine Absicht, hier alle die zum Teil recht sonderbaren Hypothesen zu verzeichnen, deren Gegenstand die Worte *qui bona fide emit* gewesen sind. Was die ältern Schriftsteller über dieselben conjicirt haben, das ist theils schon von Andern genügend in seiner Unhaltbarkeit dargetan, theils überhebt die Tatsache, dass sie Menschenalter oder gar Jahrhunderte hindurch keine Anhänger zu werben vermocht haben, der Mühe der Widerlegung. Dagegen muss ich auf die neuern Gegenansichten mit einigen Worten eingehen.

Puntschart¹⁸⁾ schweisst unsern Relativsatz mit dem Edicte des fr. 1 pr. zu einem Edict zusammen, als dessen ursprüngliche Fassung sich ihm der Satz „ergibt“:

Si quis id, quod bona fide emit quodque ei traditum est, petet, iudicium dabo.

Die in fr. 1 referirten Edictsworte „*ex iusta causa*“ werden als unecht gestrichen¹⁹⁾; denn, sagt Puntschart, „der Prätor, welcher von *id quod bona fide emit* sprach, konnte nicht auch von der viel erörterten *iusta causa* gesprochen haben.“ Nun wird allerdings das *ex iusta causa* von Ulpian in fr. 3 § 1 und fr. 5 h. t. commentirt und seine Echtheit auch durch den Bericht des Gaius (IV. 36) und der Institutionen (§ 4 de action.) bestätigt; auch hat nach Ulpian der Prätor nicht von *quod*, sondern von *qui bona fide emit* gesprochen. Aber wer wird über solche Bedenken nicht Herr werden, wenn sich ihm einmal die Richtigkeit seiner Hypothese „ergeben“ hat?

Mommsen (ad fr. 1 pr. h. t.) glaubt, in dem ursprünglichen Edicte habe statt des corruptirten *id quod traditur* gestanden: *id quod bona fide emit traditum*. Auch hier wird

¹⁸⁾ A. a. O. S. 353 fgg.

¹⁹⁾ Diesen kühnen Missgriff hat übrigens schon seiner Zeit Noo dt gemacht.

aus dem *qui* Ulpian's ohne Weiteres ein *quod*, und was soll mit dem wohlbeglaubigten *ex iusta causa* geschehen?

Huschke²⁰⁾, Rudorff²¹⁾ und Cuij²²⁾ verweisen das *bona fide emit* in die Formula. Allein in der Formel, die uns Gaius (IV. 36) überliefert, hat ein *qui bona fide emit* keinen Platz, und die genannten Schriftsteller haben auch gar nicht versucht, die Gaianische Formel entsprechend abzuändern, sondern sie argumentiren einfach so, als ob in den Pandekten das *qui* gar nicht stände.

Einen andern Weg schlägt Brinz²³⁾ ein. Nach ihm ist das *qui bona fide emit* ein officiell-prätorisches Exempel zu dem *ex iusta causa*, und er schlägt vor, das Edict so zu lesen:

Si quis id quod traditum est ex iusta causa, puta ei qui bona fide emit, nondum usucaptum petet, iudicium dabo.

Allein fürs Erste ist uns in der ganzen Masse der ältern römischen Rechtsdenkmäler kein zweiter Fall überliefert, wo ein Gesetz oder Edict seinen Sinn selbst durch Beispiele verdeutlicht hätte; die Römer waren eben weder in der Abfassung ihres geschriebenen Rechts so ungenau oder ungeschickt, noch war ihnen die juristische Interpretationskunst so wenig vertrauenswürdig, dass sie für eine officielle Exemplificirung der Rechtssätze ein Bedürfniss empfunden hätten. Und sodann welch unglaublich holperiger Stil! Der „*quis*“ im Eingang ist doch mit dem „*is qui emit*“ identisch, — der Prätor hätte aber nach Brinz gesagt: „wenn Einer z. B. das einklagt, was Einem, der *b. f.* gekauft hat, tradirt worden ist,“ als hätten die beiden Jemande nicht das Geringste mit einander zu tun. Offenbar zum Ausdruck des angeblich prätorischen Gedankens die möglichst unmögliche Form!

²⁰⁾ A. a. O. S. 13 fg.

²¹⁾ Edict. perp. p. 75.

²²⁾ A. a. O. p. 628.

²³⁾ A. a. O. S. 101. Aehnlich Bechmann, Kauf S. 386.

Nahe verwandt mit der Brinz'schen Ansicht ist die Schirmers; dieser vermeidet aber die stilistische Klippe, an der Brinz scheitert. Nach Schirmer ²⁴⁾ sind die Worte *qui bona fide emit* „ein Stück des Uebergangs von dem monitorischen Edict zur Formel“. Es nimmt nämlich Schirmer an, der Prätor habe, da sein Edict von *traditio ex iusta causa* überhaupt redete, während die Musterformel bloss für den einen Fall der *b. f. emptio* proponirt gewesen sei, zwischen Edict und Formel einen Zwischensatz eingeschoben, der den lediglich exemplificativen Charakter der Formel verdeutlichen sollte und den sich Schirmer etwa so denkt: *ei, qui bona fide emit, formulam in hunc modum conceptam dabo*. Dass es nun im Edict solche Uebergangsformeln gegeben haben könne, soll nicht bestritten werden, obwohl die Hypothese allen und jeden positiven Anhaltspunkts entbehrt. Dass aber jedenfalls der Satz, in dem das *qui bona fide* stand, eine solche Uebergangsformel nicht war, dies erweist sich, sobald man den wahrscheinlichen Wortlaut dieses Satzes und die Art, wie Ulpian denselben commentirt, näher ins Auge fasst. Dies soll im Folgenden geschehen.

II.

Der Satz, welchem das *qui bona fide emit* angehörte, hatte — um das Resultat der nachstehenden Untersuchung gleich vorwegzunehmen — wahrscheinlich folgenden Wortlaut:

Ei, qui bona fide (non a domino?) emit, si rem traditam sibi et nondum usucaptam petet, iudicium dabo.

Ich habe die Worte einzeln zu erweisen.

1. *Ei*.

Fr. 7 § 10 h. t. — also die Stelle, welche dem Referat „*Praetor ait: qui bona fide emit*“ unmittelbar vorausgeht — lautet:

²⁴⁾ A. a. O. S. 349.

Si ego non emero, sed servus meus, habeo Publicianam. idem est, et si procurator meus uel tutor uel curator uel quis alius negotium meum gerens emerit.

Wie Schirmer mit Recht bemerkt: dieser § erscheint geradezu als Erläuterung des *EI* der Edictsstelle. Wir haben hier die ausdehnende Interpretation eines Edicts vor uns, in welchem wörtlich nur demjenigen selbst, der gekauft hat, *actio* versprochen war. Einzig durch diese Annahme gewinnt der sonst ganz sinnlose Gegensatz „*si ego non emero, sed servus meus*“ eine verständige Bedeutung. Ob man dies Edict nun „*si is qui emit petet,*“ oder, wie geschehen, „*ei qui etc.*“ formuliren will, das ist Geschmackssache; Beweis für das eine oder andere ist nicht möglich.

Als Erläuterung zu dem *EI* oder *SI IS* des Edicts dürfte aber ausser § 10 auch noch § 9 des fr. 7 anzusehen sein:

Haec actio et heredi et honorariis successoribus competit.

Schirmer hält diese Bemerkung für den Abschluss des Commentars zu dem Edict in fr. 1 pr. Unmöglich ist das gewiss nicht. Allein mir scheint vielmehr die allgemeine Bemerkung in § 8

„*In Publiciana actione omnia eadem erunt quae et in rei uindicatione diximus*“

einen abschliessenden Charakter zu haben, und ich möchte daher eher annehmen, dass Ulpian die Frage nach der Vererblichkeit der *actio* im Anschlusse an das edictmässige „*ei, qui . . . emit, dabo*“ erörterte.

2. QUI BONA FIDE (non a domino?) EMIT.

Der Commentar zu diesen Worten umfasst augenscheinlich fr. 7 § 11—15. Stand das *non a domino* überhaupt im Edict, so stand es hier. Allein — dies sei jetzt dem Obigen hinzugefügt —: die in der Hauptstelle (fr. 7 § 11) gebrauchte Wendung „*proinde hoc sufficit me bonae fidei emptorem fuisse, quamuis non a domino emerim*“ spricht nicht eben für die Edictmässigkeit des *non a domino*, sondern deutet darauf

hin, dass das Edict bloss die Worte „*qui bona fide emit*“ enthielt ²⁵⁾.

3. *REM TRADITAM SIBI.*

Nach Abschluss des Commentars über das *qui bona fide emit* (§ 15: *bonam autem fidem solius emptoris continet*) lassen die Digesten den Ulpian in § 16 fortfahren:

Ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit et ei res empta eo nomine sit tradita.

Ich denke, das *igitur* lässt es mit Händen greifen, dass dieser Satz recapitulirende Bedeutung hat. Und zwar recapitulirt er ausser der eben erörterten Klagevoraussetzung — *b. f. emptio* — offenbar den Inhalt desjenigen Stücks Edict, in welchem als weitere Voraussetzung der Publiciana Tradition der gekauften Sache verlangt war, eine Voraussetzung, die nun im Folgenden bis fr. 9 § 4 incl. näher erläutert wird. Es fragt sich, ob die Recapitulation und die Erläuterung auf ein Stück des Edicts in fr. 1 pr. bezogen werden kann oder ob sie nicht vielmehr einem Stücke desjenigen Edictssatzes gilt, welchem das *qui bona fide emit* angehörte. Es dürfte sich das Letztere unschwer erweisen lassen.

Zunächst werden wir unbedenklich annehmen dürfen, dass vor § 16 cit. Ulpian seiner Gewohnheit gemäss die betreffenden Edictsworte mit einem *Ait Praetor* wörtlich wiederholt hatte. Denn auf den eine gute Strecke vorher mitgetheilten Totalwortlaut des Edicts konnte der Jurist an dieser Stelle nicht mit einem *igitur* zurückweisen; das wird Jeder fühlen, der § 11—16 im Zusammenhange überliest. Die Compiler haben dies Specialreferat gestrichen, vielleicht deswegen, weil dasselbe in seinem Wortlaut von ihrem corruptirten Edicte abwich. Wenn nun aber Ulpian in diesem Specialreferat von dem *qui bona fide emit* wieder zu dem Edicte des fr. 1 pr. zurückgekehrt wäre, wo von *traditio ex iusta causa*

²⁵⁾ Huschke, a. a. O. S. 14 fg. Vgl. unten n. 38.

überhaupt die Rede war, so konnte er hier nicht sagen: *ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit etc.* Es ist vielmehr klar, dass er so nur sprechen konnte, wenn er mit dem *igitur* auf einen Edictssatz verwies, in welchem nur die *traditio ex causa b. f. emptionis* in Rücksicht gezogen war. Und dies wird denn auch durch die nachfolgende Erläuterung des Traditionserfordernisses mit aller wünschenswerten Deutlichkeit bestätigt. Denn diese Erläuterung handelt ausschliesslich von der *traditio ex causa emptionis*, und zwar in einer Art, die jeden Gedanken daran ausschliesst, dass hier dieser Fall bloss als Exempel der *traditio ex iusta causa* überhaupt erörtert werde, — man betrachte nur z. B. die Ausdrucksweise in fr. 7 § 17 und fr. 9 pr.

Schon Ranchinus hat daher die Notwendigkeit erkannt, zu dem *qui bona fide emit* einen weitem Zwischensatz hinzuzufügen, in welchem der Prätor *traditio eo nomine facta* verlangt. Das Reconstructions-material dazu bietet, wahrscheinlich teilweise mit den Edictsworten selbst, fr. 7 § 16: *et ei res empta eo nomine sit tradita*. Von diesen Worten halte ich das *empta* und *eo nomine* für Interpretation: sie sind sonst nirgends bezeugt, und das *eo nomine* fehlt in der Formel bei Gai. IV. 36. Dagegen ist das *res ei tradita* an sich so unentbehrlich und kehrt mit Bezug teils auf die Publiciana selbst, teils auf nahe verwandte Rechtsinstitute, wie die *exceptio rei uenditae ac traditae*, so constant in den Quellen wieder, dass an seiner Echtheit kaum zu zweifeln ist. Vgl. z. B.:

Gai. IV. 36:

... *datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit*

fr. 9 pr. h. t.:

Siue autem emptori res tradita est siue heredi emptoris, Publiciana competit actio (scheint Interpretation des *sibi*),
vgl. auch fr. 9 § 6. 11 pr. h. t.

fr. 1 § 5 de exc. rei uend. (21. 3):

Si quis rem emerit, non autem fuerit ei tradita . . .
 cf. fr. 3 pr. eod.
 fr. 14 pr. de furtis (47. 2):

Eum, qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere . . .

3. ET NONDUM USUCAPTAM.

Diese Worte sind — arg. fr. 1 pr. — diejenigen, mit welchen der Prätor die Voraussetzung begonnener, aber nicht vollendeter Usucapion ausdrückte. Von dieser Voraussetzung handeln aber augenscheinlich fr. 9 § 5 und 6, sowie fr. 11.

Fr. 9 § 5 spricht das aus derselben sich ergebende negative Princip aus:

haec actio in his quae usucapi non possunt, puta furtivis uel in seruo fugitivo, locum non habet.

Sodann folgt in fr. 9 § 6 und 11 pr. die Ausführung des positiven Satzes, dass die Publiciana demjenigen zusteht, welcher bei nicht verlorenem Besitze usucapirt haben würde: so dem Erben, *si servus hereditarius ante aditam hereditatem aliquam rem emerit et traditam sibi possessionem amiserit* (cf. fr. 31 § 5. 44 § 3 de usurp. 41. 3); ferner den *municipes, quorum seruo res tradita est* (cf. fr. 1 i. f., fr. 2 de A. u. A. P.); endlich, *si ego emi et mea voluntate alii res sit tradita*, nicht dem Käufer, sondern dem, welchem tradirt worden ist.

War hier die Correspondenz zwischen Usucapion und Publiciana hinsichtlich der berechtigten Subjecte betont worden, so folgt nun im Rest des fr. 11 die gleiche Untersuchung mit Beziehung auf die möglichen Objecte.

§ 1²⁶⁾ handelt von der *Publiciana confessoria*. Schon mehreren ist es aufgefallen, dass hier als Beispiel einer *servitus urbana* angeführt wird: „*forte si per domum quis suam*

²⁶⁾ *Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur. itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis uel per patientiam, forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci. item rusticorum: nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.*

passus est aquaeductum transduci.“ Uns interessirt hiebei bloss das Wörtchen „*suam*“. Dieses Wörtchen beweist nämlich, dass der ganze § 1 sich auf den Fall bezieht, wo der Eigentümer eines Grundstücks eine Servitut ohne Beobachtung der civilen Form bestellt hat, und gibt uns dadurch das Recht, den § als aus anderm Zusammenhange interpolirt hier ausser Betracht zu lassen. Denn wie in aller Welt hätte Ulpian dazu kommen sollen, hier, wo überall nur von der Publiciana auf Grund redlichen Kaufs körperlicher Sachen die Rede ist, plötzlich das Edict über die *servitutes a domino traditae* — es war dies ein selbständiges Edict, cf. das in n. 41 cit. Scholion — zu commentiren? Was ursprünglich am Orte des § 1 stand, darüber gibt uns fr. 10 § 1 de usurp. (41. 3)

hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint

Aufschluss, eine Stelle, die, wie die Inscription ergibt, unzweifelhaft Ulpians Commentar über das Publicianische Edict angehört und höchst wahrscheinlich — bei fr. 10 § 2 eod. ist ein Gleiches (s. unten) gewiss — gerade diesem Abschnitt desselben. Nur der Fall war hier besprochen, wo Jemand *b. f.* ein Haus gekauft hatte, dem eine Servitut zustand: hier wurde die Publiciana als *confessoria* für zulässig erklärt und zwar — dies ist das für uns Wichtige — desswegen, weil die Servitut hier ausnahmsweise als Accession des Hauses trotz der lex Scribonia usucapirbar ²⁷⁾ war.

Ganz sicher ist die Beziehung zur Usucapion bei dem vielumstrittenen fr. 11 § 2. Ulpian behandelte hier die Frage, unter welchen Voraussetzungen der *partus ancillae furtivae* mit der Publiciana verfolgt werden könne, als identisch mit der andern, wann derselbe ersitzbar sei. Nur haben die Compileren recht ungeschickt die auf die Ersitzung be-

²⁷⁾ Ueber die Interpolation *longo tempore für usu* cf. Unterholzner, Verjährungslehre, II. S. 144.

Lenel, Beiträge zur Kunde des prätorischen Edicts.

züglichen Worte in § 2 desselben fr. 10 de usurp. verpflanzt, dessen § 1 uns eben beschäftigte, und dadurch den Sinn unserer Stelle leider auf das bedenklichste corrumpirt. Nichts kann verkehrter sein als, wie es mitunter geschehen, zwischen fr. 10 § 2 cit. und fr. 11 § 2 h. t., Bruchstücken eines Buchs, welche offenbar Bestandteile einer und derselben Erörterung sind, einen Widerspruch anzunehmen, insofern nach fr. 11 § 2 der *partus ancillae furtivae* nur dann mit der Publiciana verfolgt werden könne, wenn er bei dem *b. f. emptor* concipirt sei, während nach fr. 10 § 2 dessen Ersitzbarkeit und mithin die Zulässigkeit der Publiciana auch für den Fall anerkannt werde, dass die Conception bei dem *fur* stattgefunden habe. Die beiden Fragmente müssen vereinigt werden; und ich möchte als die einfachste Vereinigung die vorschlagen, dass man fr. 11 § 2 als die ursprünglich unmittelbare Fortsetzung des fr. 10 § 2 behandelt:

(fr. 10 § 2) *Scaeuola libro undecimo Quaestionum scribit, Marcellum existimasse, si bos apud furem concepit uel apud furis heredem pariatque apud furis heredem, usucapi ab herede distractum inuencum non posse: sic, inquit, quemadmodum nec ancillae partus. Scaeuola autem scribit, se putare, usucapere posse et partum: nec enim esse partum rei furtivae partem. ceterum si esset pars, nec si apud bonae fidei emptorem peperisset, usucapi poterat, [et si] ²⁸⁾*

(fr. 11 § 2 h. t.) *apud bonae fidei emptorem conceptus est, per hanc actionem petendus est, etiamsi ab eo, qui emit, possessus non est. sed heres furis hanc actionem non habet, quia uitiorum defuncti successor est.*

Durch diese Verbindung fällt ein ganz überraschendes Licht auf den berüchtigten Eingangssatz des fr. 11 § 2 ²⁹⁾: der-

²⁸⁾ Diese Worte schiebe ich ein anstatt des „*partus ancillae furtivae, qui*“ in fr. 11 § 2, welche Worte die Compileren bei der Trennung der beiden Stellen zu interpoliren gezwungen waren.

²⁹⁾ Dieser Satz ist bekanntlich eine Hauptstütze der Meinung, dass die Publiciana nicht bloss dem redlichen Besitzer zustehè, sondern jedem,

selbe enthält gar nicht den Gedanken Ulpian's, wie die Compilatoren, durch die directe Rede irre geleitet, wahrscheinlich selber glaubten, sondern die Consequenz eines von Ulpian verworfenen Princip's, welche nur deshalb gezogen wird, um die Absurdität dieses Princip's darzutun. Der Gedankengang ist nämlich folgender. Marcellus hatte die Ansicht aufgestellt, ein von einer gestohlenen Kuh bei dem Dieb oder auch dem Diebeserben concipirtes und bei dem letztern gebornes Kalb sei *furtiv* und darum unersitzbar, ebenso wie unter den gleichen Voraussetzungen auch der *partus ancillae*. Dieser Ansicht tritt Scävola entgegen, aber nicht, wie man behauptet hat, desswegen, weil Marcellus den *partus apud furis heredem conceptus* dem *partus apud furem conceptus* gleichstellt, sondern desswegen, weil Marcellus überhaupt der Zeit der Conception Bedeutung für unsere Frage beimisst, während nach Scävola bloss die Zeit der Geburt in Betracht zu ziehen wäre, als derjenige Moment, in welchem der *partus* als selbständige Sache zuerst zur Existenz gelangt³⁰⁾. Nur von diesem Standpunkte aus konnte Scävola, ohne Unterscheidung der Fälle, allgemein behaupten: *usucapere posse et*

der des objectiv berechtigten Glaubens sei, Eigentum erworben zu haben. Neuerdings haben sich mit der Stelle Schirmer und Schulin beschäftigt (krit. Vjschr. XVIII. S. 359. 530 fg.). Sehr richtig ist die Bemerkung Schulins, dass nach jener Theorie nicht nur der *partus apud b. f. emptorem conceptus*, sondern auch der *partus conceptus, postquam b. f. emptor possessionem amisit*, mit der Publiciana müsste in Anspruch genommen werden können. Die von mir im Text gegebene Interpretation will übrigens selbstverständlich nur den Gedanken Ulpian's, nicht den Justinian's feststellen.

³⁰⁾ Diese Ansicht ist gewiss nicht unverständlich und scheint, wenigstens was Tierjunge angeht, auch von andern Juristen geteilt worden zu sein. Dafür spricht das unterschiedslos redende fr. 48 § 2 de A. R. D. (41. 1), ferner fr. 4 § 19 de usurp. (41. 3) und der Umstand, dass in fr. 48 § 5 de furt. (47. 2) der Schlusssatz sehr wahrscheinlich interpolirt ist. Als praktischer Gesichtspunkt sei die unendliche Schwierigkeit des Beweises des Conceptionszeitpunkts hervorgehoben. Zu einer näheren Erörterung der Frage ist hier nicht der Platz.

partum, und nur von diesem Standpunkte wird uns sein Entscheidungsgrund, dass der *partus* nicht als *pars rei furtivae*, sondern als selbständige Sache zu behandeln sei, verständlich. Um nun die Richtigkeit seines Entscheidungsgrundes darzutun, führt der Jurist die Schlussfolgerungen vor, zu denen man notwendig gelangen müsste, wenn man den *partus* als blossen losgelösten Teil der Mutter ansehen wollte. Consequent, meint er, müsste man dann alles Gewicht auf den Conceptionszeitpunkt als denjenigen Moment legen, in welchem der *partus* als Teil zu der Mutter hinzutrete³¹⁾, und dürfte daher keineswegs mit Marcellus die Entscheidung davon abhängig machen, dass die Geburt *apud furis heredem* stattgefunden habe, da auch, *si apud b. f. emptorem peperisset*, nichts Anderes gelten könne; man müsste ferner (fr. 11 § 2), wenn die Conception *apud b. f. emptorem* stattgefunden habe, diesem die Publiciana wegen des *partus* geben, auch wenn er denselben als selbständige Sache nie besessen habe, weil er eben als Teil des Ganzen in seinem Besitz gewesen sei, gerade so gut, wie z. B. der Besitzer einer Statue deren abgehauene Arme mit der Publiciana verfolgen kann (fr. 11 § 8 h. t.). Auf diese Weise ist offenbar der anscheinende Widerspruch zwischen fr. 10 § 2 und 11 § 2 vollkommen beseitigt. [Freilich aber stehen die Stellen, so aufgefasst, in Widerstreit mit fr. 11 § 3 h. t. und fr. 48 § 5 de furtis (47. 2), letzteres ein Bruchstück aus Ulpian's libri ad Sabinum, wo beide Mal der *partus* nur unter der Voraussetzung für nicht furtiv erklärt wird, dass bei dem *b. f. possessor* nicht allein die Geburt, sondern auch die Conception stattgefunden hat. Am unerträglichsten scheint auf den ersten Blick die

³¹⁾ Man möchte leicht glauben, die nächste und natürlichste Consequenz aus dem „*si pars esset*“ wäre die, dass der *partus* unter allen Umständen den der Mutter anhaftenden Makel teilen müsse. Das wäre aber offenbar zu weit gegangen: eine Sache ist desswegen noch nicht selbst entwendet, weil sie Teil einer entwendeten geworden ist. Vgl. Göppert, organ. Erzeugnisse, S. 213.

Divergenz mit fr. 11 § 3, ist aber in Wahrheit weniger bedenklich als die mit fr. 48 § 5, da fr. 11 § 3, ebenso wie § 4, unzweifelhaft erst durch die Compilatoren hier eingeschoben worden ist, vielleicht aus einem andern Juristen ³²⁾. Was nun aber fr. 48 § 5 angeht, so ist m. E., eher als dass Ulpian seine Meinung geändert, anzunehmen, dass der Jurist in fr. 11 § 2 nicht die Entscheidung des Scävola selbst — *usucapere posse et partum apud furem conceptum* —, sondern nur den gesunden Grund dieser Entscheidung — *partum non esse rei furtivae partem* — billigen wollte, dass er ursprünglich hinter fr. 11 § 2 sein eigenes Verhältniss zur Frage im Widerspruch mit Scävola und in Uebereinstimmung mit fr. 48 § 5 cit. klarstellte ³³⁾ und dass die Compilatoren diesen Absatz des Commentars gestrichen haben, um Raum für ihre Interpolation zu gewinnen. Die Interpolation aber nahmen sie desswegen vor, weil Ulpian, wie sonst überall in fr. 11

³²⁾ § 4 steht im engsten Zusammenhange mit § 3: denn die Zeitbestimmung zu dem vagen „*si furtivam esse matrem ignorabat*“ soll offenbar aus § 3 entnommen werden. § 3 aber trägt den Stempel der Interpolation an der Stirne, weniger in dem immerhin anstössigen *quo experiar* (da dieses wenn nicht durch Interpretation zu erklären, so doch durch Kritik zu heilen ist) als in dem ganz unerträglichen *interdum tamen*: diese Worte schieben, allen Erklärungsversuchen zum Trotz, dem Julian den ihm (fr. 33 pr. de usurp.) und, soweit wir sehen können, der classischen Jurisprudenz überhaupt fremden Gedanken unter, dass die Usucapion *ex causa donationis* nur in eingeschränkterem Umfange stattfinde als die *ex causa emptionis*, und sind lediglich durch ein Missverständniss der Compilatoren zu erklären, hervorgerufen vielleicht durch die schon ihnen vorgelegene falsche Lesart *experiar* (statt *ea pariat*).

³³⁾ Es würde sich an das *sed heres furis etc.* am Schlusse des § 2 sehr gut folgende Argumentation anschliessen:

„der *b. f. emptor* aber hat richtiger Ansicht nach die *Publiciana* doch nur dann, wenn der *partus* bei einem *b. f. possessor* auch concipirt ist. Denn aus Scävola's Princip folgt zwar allerdings, dass das Wo der Geburt mit entscheidend ist, aber keineswegs, dass die Zeit, wo der *partus* wirklich nur als Teil existirte, unberücksichtigt bleiben muss.“

so auch hier nur vom *b. f. emptor* gesprochen haben wird, während sie eine Entscheidung für alle Fälle der *b. f. possessio* geben wollten ³⁴⁾.] Jedenfalls, und selbst wenn man die Verbindung zwischen fr. 10 § 2 cit. und 11 § 2 h. t. auf anderm Wege, als oben geschehen, suchen würde, ist, worauf es für uns allein ankommt, so viel sicher: dass die Frage der Zulässigkeit der Publiciana hier in engster Beziehung zu derjenigen der Ersitzbarkeit des *partus* beantwortet worden ist.

§ 5 (über § 3 u. 4 s. n. 32) unseres Fragments enthält nur ein Supplement zu dem vom *partus* Gesagten: die Ausdehnung der Entscheidung auf den *partus ex partu* und den *partus exsecto uentre extractus*.

§ 6—10 handeln von der Frage, ob der *b. f. emptor* einer Sache berechtigt ist, deren Accessionen und Teile mit der Publiciana zu verfolgen, einer Frage, deren enge Beziehung zur Besitz- und Usucapionslehre zu handgreiflich ist, als dass es notwendig wäre, besonders zu beweisen, gelegentlich welcher Edictsworte Ulpian sie beantwortet haben wird. Vgl. z. B. fr. 23 § 2. 26. 30 § 1. 39 de usurp. fr. 7 § 11 de A. R. D. fr. 23 § 7 de R. V.

Hiernach ergibt sich, dass Ulpian, soweit wir dies nach der Compilation festzustellen vermögen, unmittelbar hinter den Edictsworten „*ei, qui bona fide emit, . . . rem traditam sibi*“ auch Edictsworte, in denen das Erforderniss begonnener, aber nicht vollendeter Usucapion ausgesprochen war, ausführlich commentirt hat, und fügen wir hinzu, dass überall, wo in den echten Stücken dieses Abschnitts die *causa traditionis* genannt ist, als solche die *emptio* oder *b. f. emptio* bezeichnet wird — so in fr. 9 § 6. 11 pr. § 2, 6, 8—10 h. t. fr. 10 § 2 de usurp. —, so kann m. E. kein Zweifel darüber sein, dass jene Worte zur Fortsetzung des Satzes *Ei qui bona fide*

³⁴⁾ Wie sehr ein solches Verfahren mit der allgemeinen Tendenz, in der die Compileren das Publicianische Edict bearbeiteten, übereinstimmen würde, wird sich in Abschnitt VI. zeigen.

emit gehörten. In der Tat liesse sich nicht absehen, warum gerade sie, wo doch alle übrigen Voraussetzungen der *Publiciana* namhaft gemacht waren, gefehlt haben sollten. —

Wir haben hiemit die Annahme eines Edictssatzes „*ei qui bona fide emit, si rem traditam sibi et nondum usucaptam petet*“, wie ich glaube, hinreichend begründet; denn die Einschlebung der Worte *si petet* wird wohl auf keine Bedenken stossen. Nun aber erwäge man, dass Ulpian jenen Satz nicht etwa, als bloss exemplificativ gemeint, mit drei Worten abfertigt, sondern, wie gezeigt, ausführlich selbst insoweit erörtert, als er mit dem Edicte des fr. 1 pr. wörtlich oder dem Sinne nach übereinstimmt, dass ferner der Jurist seine Regeln zwar nur mit Beziehung auf den Fall der *emptio* vorträgt, diese Regeln aber solche sind, die für alle Fälle der *traditio ex iusta causa* gelten, Regeln also, die bei einer etwaigen frühern allgemeinen Erläuterung bereits hätten besprochen sein müssen (vgl. namentlich fr. 9 und 11): weist, frage ich, nicht Alles zwingend darauf hin, dass wir hier ein neues Edict vor uns haben, welches die Voraussetzungen, unter denen es *actio* zu gewähren verheisst, selbständig normirt und daher auch selbständig commentirt werden musste, dass wir also am Schlusse nicht mit Schirmer ein sonst nirgends bezeugtes „*formulam in hunc modum conceptam dabo*“, sondern das gewöhnliche „*iudicium dabo*“ zu ergänzen haben, d. h. dass der Edictssatz *Ei qui bona fide emit etc.* das eigentliche und einzige zum Schutze des *b. f. emptor* erlassene Edict enthielt?

III.

Das Edict *EI QUI BONA FIDE EMIT* gewährte nicht der *bonae fidei possessio* überhaupt, sondern nur derjenigen *ex causa emptionis* Schutz. Das in fr. 1 pr. corrumpirte Edict dagegen erstreckte sich schon in seiner ursprünglichen Gestalt auf jede *traditio „ex iusta causa“* und kann daher niemals mit

jenem identisch gewesen sein. Aber könnte es sich nicht vielleicht in seiner ursprünglichen Form als eine Art *generalis clausula* für die andern *iustae causae traditionis* an dasselbe angeschlossen haben?

Wenn man sonst oft Aufklärung über den Umfang, in welchem das Edict ausdrücklich *actio* versprach, aus Stellen erhält, wo eine edictmässige Klage nur *utiliter* gewährt wird, so findet sich hier die entsprechende Erwartung getäuscht. Mag nun die Hand der Compileroren eingegriffen haben oder mag der Sprachgebrauch schon der classischen Juristen derart gewesen sein, — Tatsache ist, dass wir eine *quasi Publiciana* in den Quellen fast nirgends erwähnt finden; selbst, wo überhaupt niemals eine Tradition des Streitgegenstands an den Kläger stattgefunden hat, wo also ganz gewiss der Wortlaut des Edicts nicht einschlug, heisst die Klage *Publiciana* schlechtweg (vgl. z. B. fr. 7 § 7, 11 § 3. 4). Von einer *quasi Publiciana* ist meines Wissens nur in einer Pandektenstelle und zwei Basilikenscholien die Rede. In jener handelt Pomponius von einem Falle, wo nicht nur keine Tradition, sondern überhaupt kein Besitzerwerb *ex iusta causa* der Klage vorangegangen, vielmehr die *iusta causa possessionis* erst nach bereits verlorenem Besitze eingetreten war: es war Jemand mit der *rei vindicatio* belangt worden, hatte *culpa, non dolo* den Besitz verloren und alsdann die *litis aestimatio* erlegen müssen; diesem soll nun durch eine *quasi Publiciana* zu der Sache geholfen werden. Fr. 69. 70 ict. fr. 63 de R. V. Auf den gleichen Fall geht das leider nur verstümmelt erhaltene Scholion des Stephanos (in Basil. XV. 1, 63)³⁵, wie evident sowohl aus dem Inhalt des von Stephanos erläuterten Fragments (fr. 63 de R. V.) als aus der ausdrücklichen Berufung auf dig. 70, die Stelle des Pomponius, erhellt. Dass nun in einem Falle so ausserordentlicher Natur von *quasi Publiciana*

³⁵ In Zachariä's Uebersetzung (Zachariä, suppl. p. 30) lautet es: ... cum b. f. possessore litem contestatam ... dig. 69 et 70 ... omnino non aduersus dominum Publiciana utitur uel quasi Publiciana.

gesprochen wurde, ist gewiss sehr begreiflich, aber die negative Erkenntniss, die wir daraus für den Wortlaut des Edicts gewinnen, ist für uns offenbar wertlos. Von grossem Interesse wäre dagegen das Scholion in Basil. LX. 5, 28³⁶), wenn dasselbe nicht der spätern Zeit angehörte und wenn nicht zudem die Meinung des Scholiasten auf augenscheinlichem Missverständnisse beruhte. Dort wird nämlich die Publiciana auf Grund geschehener *traditio ex causa noxali* (also *ex instata causa*) als *quasi Publiciana* bezeichnet, und dafür beruft sich der Scholiast sogar auf die Autorität des Stephanos in dem eben erwähnten fragmentarischen Scholion, ein Umstand, der Huschke (a. a. O. S. 15 n. 16) vermocht hat, die ganze Meinung dem Stephanos zu vindiciren. Nun ist aber leider für's Erste von einer *traditio ex causa noxali* in dem erhaltenen Fragmente des Stephanos nicht das mindeste zu lesen. Es wird ferner in fr. 28 de noxal. act. (9. 4) — der Quelle von Bas. LX. 5, 28 — die in Frage stehende Klage *Publiciana* und nicht *quasi Publiciana* genannt. Ist es dem Stephanos zuzutrauen, dass er im Gegensatz zu dem constant beobachteten Sprachgebrauch der Digesten und zu dem ausdrücklichen Zeugniss in fr. 28 cit., in Widerspruch zudem mit der von den Compilatoren recipirten Edictsredaction hier eine *quasi Publiciana* angenommen habe, etwa aus antiquarischer Liebhaberei? Ich denke vielmehr: wir werden die Berufung auf Stephanos nicht so gar rasch auf Treu und Glauben acceptiren dürfen. Es liegt nämlich nahe genug, was jenen Scholiasten zu seinem „οἶμαι δὲ, ὅτι κοινὰσι Πουβλικιανήν“³⁶ und zur Berufung auf Stephanos verführt hat: die Fälle der Scholien haben mit einander gemein, dass hier wie dort die *Publiciana* ausnahmsweise auch gegen den *dominus* selbst gewährt wird — cf. fr. 63 cit. fr. 28 cit. —; und der Scholiast,

³⁶) Sch. 4 (n): — *Porro is qui in noxam seruum a non domino accepit, recte usucapit, quamvis sciat alienum. Habet ergo etiam Publicianam. Puto autem, quasi Publicianam, ut ait Stephanus in cap. 63 tit. I. lib. XV.*

welcher von der irrigen Ansicht ausging, Stephanos habe die Klage im Falle des fr. 63 cit. um dieses Umstands willen *quasi Publiciana* genannt, glaubte darum, der Klage auch im Fall des fr. 28 cit. den gleichen Namen geben und dafür den Stephanos citiren zu können. Und so ist denn auch aus diesem Scholion nichts für die Anwendungssphäre der *Publiciana directa* zu entnehmen. Trotzdem, glaube ich, wird man mit aller Bestimmtheit behaupten dürfen, dass das Edict des fr. 1 pr. niemals eine *generalis clausula* zu dem Edicte *Ei qui bona fide* war, dass vielmehr der Schutz nicht bloss des *b. f. emptor*, sondern des redlichen Besitzers überhaupt einzig auf dem reconstruirten Wortlaute des letztern beruhte. Andernfalls bliebe das Verfahren der Compilatoren ein unbegreifliches Rätsel. Kein Mensch würde erklären können, warum sie es vorzogen, uns in fr. 1 pr. ein corrumptes Edict zu überliefern, statt einfach das Edict *Ei qui bona fide* mitsammt seiner *generalis clausula*, so wie es der Prätor erlassen, aufzunehmen, zumal da doch durch Reception bloss der letztern die ganze Ordnung des Ulpian'schen Commentars auf den Kopf gestellt und zahlreiche, sonst vermeidliche Interpolationen hätten nötig werden müssen. Indem ich daher einstweilen von den Aufschlüssen ganz absehe, die sich aus Ulpian's Commentar zu dem Edicte des fr. 1 pr. für dessen ursprüngliche Bedeutung ergeben, stehe ich schon jetzt nicht an, die Versicherung des Neratius in fr. ult. h. t. — eine Versicherung, der ich für sich allein genommen mangels Kenntniss des Zusammenhanges, in welchem sie abgegeben wurde, kein grosses Gewicht beilegen würde — für einen genauen Bericht über den Umfang, in welchem der Prätor die *b. f. possessio* ursprünglich schützte, zu erklären:

Publiciana . . . ideo comparata est, ut is, QUI BONA FIDE EMIT possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat.

IV.

Das Edict, welches dem Machwerk in fr. 1 pr. zu Grunde lag, bezweckte nach dem Bisherigen nicht den Schutz des gutgläubigen Besitzers; diesen Zweck verfolgte vielmehr einzig das Edict *Ei qui bona fide emit*. Was war nun aber der Zweck jenes erstern Edicts? Es bleibt kein anderer Ausweg, als die Annahme, dass dasselbe sich auf diejenige Function der Publiciana bezog, welche in das Justinianische Recht nicht übergegangen ist: es war das Edict, durch welches der Prätor demjenigen *iudicium* versprach, welchem eine *res Mancipi* von deren Eigentümer *ex iusta causa* tradirt worden ist, das Edict zum Schutze des bonitarischen Eigentümers.

Man hat der Publiciana diese zweite Function bekanntlich ganz abstreiten wollen; man ³⁷⁾ hat behauptet, das bonitarische Eigentum sei nicht mit der Publiciana, sondern mit einer „*Vindicatio*“ verfolgt worden, deren *intentio* gestellt gewesen auf ein: *si paret eam rem q. d. a. Auli Agerii esse*, ohne den Zusatz *ex iure Quiritium*; und man hat sich für diese Behauptung bald auf Gai. IV. 92:

petitoria autem formula haec est, qua actor intendit rem suam esse

berufen, bald auf Frontinus (ed. Lachm. p. 36):

vindicant ³⁸⁾ *tamen inter se non minus fines ex aequo ac si priuatorum agrorum.*

Allein diese Ansicht ist durchaus unhaltbar. Gaius l. c. sagt mit keiner Sylbe, dass die von ihm angegebene *intentio* zur Verfolgung bonitarischen Eigentums gebraucht werde, wohl aber sagt er (IV. 34 und 35) ausdrücklich von dem durch

³⁷⁾ Z. B. Mayer, Zschr. f. gesch. Rwiss. VIII. S. 16 fg. V a n g e r o w, Pandekten, I. S. 540.

³⁸⁾ Nämlich die Inhaber von *agri stipendiarii* und *tributarii*.

bonorum possessio und *bonorum emptio* erworbenen bonitarischen Eigentum, dass dieses nicht mit *actiones directae*, sondern nur mit ficticischen oder subjectiv umgestellten Formeln verfolgt werden könne. Da es nun keinen denkbaren Grund gibt, warum die *intentio* „*Si paret eam rem Aⁱ Aⁱ esse*“ diesen Classen von bonitarischen Eigentümern unzugänglich, demjenigen dagegen, der bonitarisches Eigentum durch Tradition erwarb, zugänglich gewesen sein sollte, so ist es ganz zweifellos, dass die *formula petitoria* bei Gai. IV. 92 nur die der quiritischen Eigentumsklage sein kann und dass er das „*ex iure Quiritium*“ daselbst nur aus demselben Grunde weglässt, aus welchem er IV. 60 das *ex fide bona* in der *formula depositi* wegliess, desswegen nämlich, weil sein Zweck an beiden Orten nicht die vollständige und genaue Anführung der Formel erforderte. Was nun gar die *Vindicatio ex aequo* des Frontinus angeht, so gehört schon ein recht bedenklicher Grad von Waghalsigkeit dazu, auf einen dermassen unbestimmten Ausdruck bei einem nichtjuristischen Schriftsteller Hypothesen für die Construction der Formel zu bauen; zudem aber bezieht sich die angeführte Stelle gar nicht auf bonitarisches Eigentum, sondern auf die *possessio* am Provincialboden, welche richtiger Ansicht nach mit jenem nicht das mindeste zu tun hat und — ich gebe dies bereitwillig zu — allerdings nicht mit der Publiciana verfolgt wurde³⁹⁾. So also ist es mit dem Quellenbeweise für die bekämpfte Ansicht bestellt. Man braucht aber die Quellen nicht einmal dazu, um ihre innere Unmög-

³⁹⁾ Da die Provincialgrundstücke bekanntlich der Usucapion entzogen waren, so war eine Klage mit Usucapionsfiction ohne Weiteres auf sie nicht anwendbar: man hätte ihnen zunächst das *ius Italicum* anfangiren müssen, und, war gar der Kläger ein Peregrine, so käme als dritte Fiction die der Civität hinzu. Solche Formelmonstren mag den römischen Magistraten zutrauen wer will. (Die Fiction vollendeter *longi temporis possessio* hätte den Quasieigentümer des Provincialbodens offenbar nicht weiter gefördert. Anders, wenn er nur *b. f. possessor* war: fr. 11 § 2 h. t.)

lichkeit einzusehen. Dass man nämlich demjenigen, dem eine *res Mancipi* vom *dominus* tradirt worden war, ein rechtliches *eius esse* oder *eius esse in bonis* zuschrieb, war offenbar erst eine Folge des Umstands, dass ihn der Prätor durch *actio* schützte; der Prätor konnte daher jene Begriffe bei Abfassung der Formel nicht schon voraussetzen; vor Einführung der bonitarischen Eigentumsklage gab es nur ein *eius esse*, nämlich das *eius esse ex iure Quiritium*, — kein *iudex* hätte also die Absicht des Prätors verstehen können, wenn dieser den Bonitarius durch ein *si paret eius esse* hätte schützen wollen. Die *formula ficticia*, *in factum concepta* u. dgl., das waren hier die gewiesenen Wege, und wenn wir nun bei Gaius IV. 36 von der Publiciana ganz allgemein berichtet finden, sie stehe demjenigen zu, *qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit*, wenn es nicht bestritten werden kann, dass diese Voraussetzung bei dem zutrifft, welchem eine *res Mancipi* vom *dominus* tradirt worden ist, dass ferner die Usucapionsfiction der Formel in diesem Falle ebenso sehr an ihrem Platze ist wie bei der Publiciana des *b. f. possessor*, wenn endlich keinerlei andere Formel überliefert ist, mit der diese Classe von bonitarischen Eigentümern hätte geschützt werden können⁴⁰⁾, — so sind wir meines Erachtens zu der Behauptung berechtigt: die Tatsache, dass die Publiciana die von uns (mit der herrschenden Meinung) behauptete zweite Function hatte, gehört zu den gesicherten Resultaten der Forschung.

Wie verhält sich nun das Edict des fr. 1 pr. h. t. zu dem Versuch, es auf diese zweite Function der Publiciana hin zu reconstruiren? Soll sich unsere Untersuchung nicht

⁴⁰⁾ Neuerdings glaubt freilich Gimmerthal (das Eigentum im Conflict mit den übr. Gebilden des Sachenrechts, 1875, S. 6 fg.) mindestens für die Klage des bonitarischen Eigentümers gegen den quiritischen eine anderweite Formel entdeckt zu haben. Er hält nämlich dafür die bekannte Verrinische Formel: *S. p. fundum Capenatem q. d. a. P. Servilii esse ex I. Q. neque is fundus Q. Catulo restituetur*. Diese Ansicht gehört zu denjenigen, welche eine Widerlegung nicht herausfordern.

ins Bodenlose verlieren, so muss sie sich genau an die oben von uns aufgedeckten Corruptionsspuren halten: wir müssen zeigen können, warum das Edict über die bonitarische Publiciana, als es für den *b. f. possessor* zugerichtet wurde, gerade diese Gestalt erhielt.

Sehr leicht erklärt sich das verdächtige *non a domino*, mag es nun in dem Edict *Ei qui b. f. emit* gestanden haben oder nicht. Das bonitarische Edict muss nämlich umgekehrt ein *a domino* enthalten haben, da es ja nur den Fall der *traditio a domino* betraf⁴¹⁾, und es ist sehr begreiflich, dass die Compileren, anstatt diese Worte einfach zu streichen, mit Einschlebung eines *non* das Ihrige getan zu haben glaubten.

Aber freilich ist mit dieser Erkenntniss für die Lösung der andern Rätsel, die uns fr. 1 pr. aufgibt, so gut wie nichts gewonnen. Im Edict muss die Eigenschaft des Streitgegenstands als *res Mancipi* irgendwie bezeichnet gewesen sein. Wo ist im Edict des fr. 1 pr. der Platz dafür? Würden nicht die Compileren, wenn es in dem ursprünglichen Edicte geheissen hätte: „*res Mancipi quae traditur*“, nur einfach das Wort *Mancipi* gestrichen haben? Woher also das *id quod*? Woher das unmögliche Präsens *traditur*? Woher kommt es, dass die Compileren, ausweislich des fr. 3 § 1, vor *ex iusta causa* wahrscheinlich gerade das Wort gestrichen haben, wodurch im Edict das Erforderniss geschehener Tradition bezeichnet war?

⁴¹⁾ Das ist schon an sich einleuchtend; wir haben aber zudem in dem Scholion des Stephanos zu fr. 11 § 1 h. t. (suppl. Basil. ed. Zachariä, p. 44) ein ausdrückliches Zeugnis dafür. Denn dort berichtet der Scholiast von dem Edicte über den *Ususfructus traditus*, einem Edicte, das sicherlich dem unsern durchaus entsprach: *praetor usumfructum a domino traditum tueri pollicetur*. Auf das „*a domino*“ unseres Edicts beziehe ich auch das vielbesprochene

proinde hoc sufficit me bonae fidei emptorem fuisse, quamvis non a domino emerim

in fr. 7 § 11 h. t. Die gesperrt gedruckten Worte sind kein müssiger Zusatz, sondern sie bezeichnen den Gegensatz zu dem bonitarischen Edict.

Alle diese scheinbar so weit auseinander liegenden Gebrechen nun sind aus einem Punkte zu curiren, und diese Cur ist, wofern man nur den von uns zu Grunde gelegten Text der Florentina als das Originalwerk der Compileren anerkennt und sich jeder weitem kritischen Verschlimmberung desselben, wie z. B. einer Veränderung des *traditur* in *traditum est*, enthält, von ganz überraschender Einfachheit.

Die Compileren scheinen, wie gesagt, vor *ex iusta causa* das Wort gestrichen zu haben, wodurch der Prätor das Traditionserforderniss bezeichnet hatte. Was war das für ein Wort? Das Edict *Ei qui b. f. emit* weist auf „*traditum*“ hin. Schieben wir denn einmal das Wort *traditum* in das Edict des fr. 1 pr., unter Streichung des *non* vor *a domino*, ein:

Si quis id, quod traditur, traditum ex iusta causa a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.

Man braucht das Edict in dieser Gestalt nur anzusehen, und plötzlich erhellt sich das Dunkel, das über dem *id quod traditur* lag: die Compileren haben hier, wie so oft, das *mancipatur* oder *mancipio datur* ihres Autors durch *traditur* ersetzt und eben diese Veränderung hat den Wegfall des folgenden *traditum* veranlasst. Das echte Edict aber lautete:

SI QUIS ID, QUOD MANCIPATUR, TRADITUM EX IUSTA CAUSA A DOMINO ET ⁴²⁾ NONDUM USUCAPTUM PETET, IUDICIUM DABO.

Ich glaube sagen zu dürfen: diese Reconstruction des Edicts baut sich so einfach und glatt auf dem überlieferten Texte auf, sie ergibt einen stilistisch so tadellosen, dem Zwecke des Edicts so angemessenen Wortlaut, dass hierin eine sehr erhebliche Garantie für ihre Richtigkeit liegt. Aber dies darf uns nicht verführen, die Bedenken zu übersehen, die gegen dieselbe zu sprechen scheinen.

Zunächst das „*id quod mancipatur*“. Ist es möglich,

⁴²⁾ Dies vielumstrittene *ET* ist ganz gewiss echt. Es steht auch nicht, wie R u d o r f f meint, = *uel*, sondern bedeutet einfach „und“.

dass der Prätor den Begriff *res Mancipi* auf diese Weise bezeichnet hat? Sprachlich gewiss. *Id quod Mancipatur* bedeutet: *id quod Mancipationem recipit*, eine Sache, bei der die Mancipation vorkommt, auf welche diese *propria species alienationis* (Ulp. XIX, 3) Anwendung findet. Ganz ähnlich definiert Gaius II, 22 die *res Mancipi* als *res quae per Mancipationem ad alium transferuntur*. Mit der Feststellung dieser sprachlichen Möglichkeit darf sich aber der Jurist nicht begnügen. Wir sind berechtigt, im Edict des Prätors die technisch-juristischen Ausdrücke zu erwarten: warum gebrauchte der Prätor nicht statt des *id quod Mancipatur* das technisch-juristische „*rem Mancipi*“? Meines Erachtens ist dies historisch zu erklären. Den Ausdruck *res Mancipi* finden wir als vorwiegend technischen bei den classischen Juristen und wohl auch bei Cicero ⁴³⁾. Aber muss er diesen Charakter auch schon zu der Zeit besessen haben, als das Publicianische Edict, wahrscheinlich einer der ältesten Bestandteile des *edictum tralatitium* ⁴⁴⁾, erlassen wurde? Nicht als ob ich der Bezeichnung ein hohes Alter bestreiten wollte; darauf deutet vielmehr ganz entschieden das altertümliche *nec Mancipi*; und dass sie bei Plautus nicht vorkommt, ist kein Beweis für jüngeres Alter, da ja auch die Unterscheidung selbst zwischen Mancipationsfähigen und -unfähigen Sachen bei diesem Dichter nicht nachzuweisen ist ⁴⁵⁾.

⁴³⁾ Doch ist bemerkenswert, dass Cicero statt *res Mancipi* den Ausdruck *res, quae Mancipi est*, gebraucht, so Top. c. 5, pro Mur. c. 2.

⁴⁴⁾ Cf. besonders Voigt, a. a. O. S. 504 fg.

⁴⁵⁾ Voigt, a. a. O. S. 561 fg. ist geneigt, die ganze Classification für jünger als Plautus zu halten, m. E. aus ungenügenden Gründen. Dieselbe muss vielmehr in einer Zeit entstanden sein, wo die Römer noch ein wesentlich ackerbauendes Volk waren. Voigt dagegen glaubt, dass selbst zu des Varro Zeiten *asinus*, *equus* und *bos* noch nicht *res Mancipi* gewesen seien. Er schliesst das daraus, dass Varro bei diesen Tieren die Eigentumsübertragung durch Tradition für genügend erklärt, während er bei Sklaven eine *acquisitio legitima* empfiehlt. Aber bei Sklaven war der Erwerb civilen Eigentums wegen des Freilassungsrechts von grösster Wichtigkeit, während er bei jenen Tieren längst alle Bedeutung verloren hatte. Für das hohe Alter der Einteilung vgl. jetzt auch Gai. II. 16 i. f.

Allein der Ausdruck *res Mancipi* kann im Leben Jahrhunderte lang neben andern in Uebung gewesen sein, ehe er im technischen Sprachgebrauch das Uebergewicht erlangte, und wir wissen, dass dies in der That der Fall war. So war namentlich der Ausdruck *nexum habere, nexum alicuius rei esse* zur Bezeichnung der Mancipationsfähigkeit dem Sprachgebrauch der *ueteres* vollkommen geläufig, wie aus dem zwar nur teilweise entzifferten, im Wesentlichen aber sicher zu ergänzenden Passus bei Gai. II. 26 i. f. deutlich hervorgeht:

— [*adm*]onendi sumus, [*quo*]d u[eteres] dicunt *Italici soli nexum esse*], *provincialis soli nexum non esse, id hanc habere*] significationem: solum [*It*]ali[*cu*]m⁴⁶) *mancipi esse, provinciale nec Mancipi esse. aliter enim ueteri lingua* —

Ist auch das Weitere nicht mit Sicherheit zu lesen (vermutlich war hier von dem Wechsel in der Bedeutung des Worts *nexum* die Rede, der uns auch anderwärts — Varro de L. L. VII. 105; Festus, s. h. u. — bezeugt ist), so ist doch jedenfalls so viel klar: Gaius macht hier darauf aufmerksam, dass bei den Alten der Ausdruck „*eius rei nexum est*“ die gleiche technische Bedeutung hatte, wie zu seiner Zeit nur noch das „*ea res Mancipi est*“. Hatte nun aber hienach für die ältere Zeit ein „*id cuius nexum est*“ oder „*id quod nexum habet*“⁴⁷) oder auch wohl „*id quod nexo traditur*“ (Cic. top. c. 5) nichts Auffallendes, so wird auch das von mir vermutete *id quod Mancipio datur* oder *Mancipatur* keiner weitem Rechtfertigung mehr bedürfen: ein ausschliesslicher technischer Sprachgebrauch bestand eben damals überhaupt noch nicht.

Man möchte nun aber ferner fragen, warum die Compi-

⁴⁶) Das Wort *Italicum* halte ich für sicher. In der Handschrift liest man *nalitiam* oder *nalitium*. Die Veränderung ist offenbar eine ganz leichte und wird durch das nachfolgende *provinciale* gefordert. *Italicum* liest jetzt auch die neue Studemund-Krüger'sche Ausgabe.

⁴⁷) Cf. Frontinus, ed. Lachmann p 36: *Et stipendiarios — qui nexum non habent.*

latores, wenn das Edict in der Tat ursprünglich den von mir behaupteten Wortlaut hatte, nicht einfach das *id quod mancipatur* strichen und das unschuldige *traditum* stehen liessen, da sie doch auf diese Weise ihren Zweck auf anscheinend viel ebenerem Wege erreichen konnten? Man muss hier, wo die Compileroren unzweifelhaft bewusst geändert haben, mit der Unterstellung blosser Gedankenlosigkeit doppelt vorsichtig sein. Ich möchte daher folgende Erklärung vorschlagen. Der betreffende Redactor wird zunächst in der Absicht, das für die mancipationfähigen Sachen erlassene Edict auf alle traditionsfähigen Sachen und Rechte auszudehnen, das *id quod mancipatur* in *id quod traditur* (= *traditionem recipit*) verwandelt haben. Nachgehends wird er bemerkt haben, dass ein *id quod traditur* in diesem Sinne gegenüber dem nachfolgenden *traditum ex iusta causa* überflüssig und wunderlich gewesen wäre, da ja selbstverständlich nur traditionsfähige Dinge tradirt werden können. Sollte er nun desswegen das *id quod traditur* beseitigen? Das *traditum* ganz für sich allein wäre doch gar zu kahl gewesen. So mag denn dem Bearbeiter das Auskunftsmittel beigefallen sein, statt dessen das Wort *traditum* aufzugeben, die Worte *ex iusta causa* zu dem *id quod traditur* zu ziehen und auf diese Weise den letztern Worten veränderten Sinn (= *id quod traditum erit*) zu geben.

V.

Wenn es uns gelungen ist, den ursprünglichen Wortlaut des corruptirten Edicts wiederherzustellen, so wird es nunmehr eine interessante Aufgabe sein, zu ermitteln, in welcher Weise die Compileroren den Commentar Ulpian's zu diesem Edicte verarbeitet haben, um ihn dessen verändertem Sinne anzupassen. Vielleicht, dass uns diese Untersuchung unterstützende Momente für unsere Reconstruction liefert.

Der Commentar zu dem Edicte *Ei qui bona fide emit*

beginnt, wie ich oben wahrscheinlich gemacht habe, bei fr. 7 § 9 h. t. Bis zu dieser Stelle wird sich also die folgende Untersuchung zu erstrecken haben, jedoch mit Ausschluss von fr. 2, 4 und 6, welche zusammenhangslose Einschübsel aus dem Paulinischen Edictscommentäre sind.

Zunächst sei im Allgemeinen hervorgehoben: die in Frage kommenden Fragmente enthalten ausser einer einleitenden Bemerkung zu dem „*nondum usucaptum*“ des Edicts — fr. 1 § 1 u. 2, fr. 3 pr. — nur noch die Erläuterung des Begriffes *iusta causa traditionis* nebst dem, was sich etwa daran anschliessen konnte, und einigen allgemeinen Sätzen über die *actio*, die sich auf kein bestimmtes Edictswort beziehen — fr. 3 § 1. fr. 5. fr. 7 —. Dagegen fehlt jeder Commentar über die Worte „*id quod traditur*“ an sich, ferner über das „*non a domino*“. Das stimmt auffallend genau zu unserer Reconstruction. Dass die Compileren den Commentar über „*id quod mancipatur*“ unmöglich in einen solchen über „*id quod traditur*“ umsetzen konnten, liegt auf der Hand, ebenso, dass ihnen der Commentar über „*a domino*“ unbrauchbar war. Aber auch die Stelle, in der Ulpian das Erforderniss „*traditum*“ für sich behandelt haben mochte, musste fallen; denn der Jurist hat hier gewiss nicht die allgemeine Lehre von der Tradition vorgetragen, sondern nur die Bedeutung der Tradition bei den *res mancipi* erörtert, und so sahen sich die Compileren auf den Commentar zu dem *rem traditam sibi* des andern Edicts angewiesen, welchen sie denn auch, wie früher dargetan, recipirt haben.

Unter den aufgenommenen Fragmenten erweckt gleich das erste unsere Aufmerksamkeit. Die Compileren haben nämlich (was bisher von Niemand bemerkt worden, demungeachtet aber unzweifelhaft ist) den ursprünglichen Sinn des fr. 1 § 2 dadurch, dass sie fr. 2, ein Stück des Paulinischen Edictcommentars, welches einem ganz andern Zusammenhange angehörte, unmittelbar damit verknüpften, von Grund aus verändert. In fr. 1 § 1 hatte Ulpian gesagt:

Merito Praetor ait: nondum usucaptum . nam si usucaptum est, habet civilem actionem nec desiderat honorariam.

Der Jurist hebt hier also hervor, dass die Publiciana nur als Aushilfsklage einzutreten bestimmt sei, da, wo es an der civilen Eigentumsklage gebreche, und dass diese Bestimmung der Klage in den Edictsworten *nondum usucaptum* zur Erscheinung komme. Nun fährt er in § 2 fort:

Sed cur traditionis dumtaxat et usucapionis fecit mentionem, quum satis multae sunt iuris partes, quibus dominium quis nancisceretur? ut puta legatum

Liegt es nicht auf der Hand, dass die einzige Frage, welche Ulpian nach dem Vorhergegangenen — und wohlgermerkt: im Commentar zu den Worten *nondum usucaptum* — an dieser Stelle erheben konnte, die ist:

warum spricht der Prätor nur vom *traditum et nondum usucaptum*, da es doch ausser der Usucapion noch gar viele Wege gibt, auf denen Jemand an einer ihm tradirten Sache nachträglich das *dominium* und auf diese Weise *civilis actio* erwerben könnte? warum fügt der Prätor zu dem *nondum usucaptum* nicht hinzu *neque mancipatum neque in iure cessum neque per uindicationem legatum* u. s. w.?

Die Compileren nun dagegen haben, indem sie dem Beispiel *ut puta legatum* in fr. 2 aus dem Edictscommentar des Paulus die Worte folgen liessen:

et mortis causa donationes: nam amissa possessione competit Publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur

der Frage des Ulpian denjenigen durchaus abweichenden Sinn gegeben, in welchem dieselbe heutzutage allgemein verstanden wird, nämlich:

warum erwähnt der Prätor bloss die Tradition, da es doch ausser der Tradition noch viele andere Wege des Eigentumserwerbes gibt, man mithin auch ohne

Tradition des guten Glaubens sein kann, Eigentum erworben zu haben?

Sie haben auf diese Weise dem § 2 allen Zusammenhang mit dem Vorhergehenden genommen; sie lassen den Ulpian eine Frage tun, die in den Commentar über die Worte *traditum ex iusta causa*, nicht aber in den über das *nondum usucaptum* gehört, eine Frage überdies, welche die Verwertbarkeit des prätorischen Gedankens über den Edictswortlaut hinaus angeht, und daher erst am Schlusse, nicht aber am Anfange der Erläuterung an ihrem Platze war, eine Frage, die der ausdrücklichen Beantwortung gar sehr bedürftig war, hier dagegen in cavalierster Weise unbeantwortet bleibt —, kurz eine Frage, die Ulpian an dieser Stelle ganz gewiss nicht aufwerfen konnte und nicht aufgeworfen hat.

Bleiben wir aber bei dem ursprünglichen Sinne des § 2 stehen, so erkennen wir sofort, dass die Frage in dieser Form nur in dem Commentare über das zu Gunsten des bonitarschen Eigentümers erlassene Edict möglich war. Ulpian will andeuten, dass nicht nur nachfolgende Usucapion, sondern überhaupt jeder Erwerb des *dominium* die Publiciana überflüssig mache. Zwar ist nun derartiger anderweiter Eigentumserwerb selbstverständlich auch da vollkommen gedenkbar, wo Jemandem eine Sache vom Nichteigentümer tradirt worden ist: der Besitzer kann nachträglich von dem wahren Eigentümer das Eigentum übertragen erhalten. Allein man beachte, dass Ulpian in seiner Frage den nachträglichen Eigentumserwerb keineswegs von nachträglicher Ergänzung der mangelnden *auctoritas* des Eigentümers, sondern lediglich und allein von dem Hinzutritt eines andern Erwerbstitels abhängig erscheinen lässt. Soll der blosse *bonae fidei possessor* Eigentümer werden, so kommt es ganz und gar nicht darauf an, dass eine der *satis multae iuris partes* eintritt, nicht darauf, dass ihm die Sache nachträglich mancipirt, injurecedirt, legirt wird, sondern vielmehr einzig darauf: von wem. Und wenn daher in § 2 dies „von wem“ gar nicht berührt wird, so ist dies

ein eclatanter Beweis dafür, dass Ulpian in der Stelle nicht den *b. f. possessor*, sondern nur den bonitarischen Eigentümer im Auge hatte. Dieser letztere in der Tat braucht, um civiler Eigentümer zu werden, keinen andern Auctor, sondern nur einen civilen Eigentumserwerbtitel, eine *iuris pars, qua quis dominium (scil. ex iure Quiritium) nanciscitur*.

Fr. 3—5 bieten zu erheblichen Bemerkungen keinen Anlass. Das ungeschickte „*sunt et aliae pleraeque*“ in fr. 3 pr. ist wahrscheinlich ein Product der Compileren. Ulpian hatte unter den Beispielen civiler Eigentumserwerbarten ausser dem Legat sicherlich auch Mancipation und Injurecession angeführt; die Compileren mussten diese Beispiele streichen und haben den leeren Platz durch ihr „*sunt et aliae pleraeque*“ ausgefüllt. In fr. 3 § 1 u. fr. 5 wird der Begriff *iusta causa traditionis* behandelt, und es versteht sich leicht, dass diese Stellen ohne grosse Veränderungen auch für die Publiciana des *b. f. possessor* zu verwenden waren. Jedoch ist (s. S. 31) in dem Edictsreferat

Ait Praetor: ex iusta causa petet

vor *ex iusta causa* das in fr. 1 pr. gestrichene Wort *traditum* ausgefallen, und wenn es dann weiter heisst:

qui igitur iustam causam traditionis habet, utitur Publiciana. et non solum emptori bonae fidei competit Publiciana, sed et aliis, ut puta ei, cui dotis nomine tradita res est u. s. w.,

so dürfen wir uns durch die Erwähnung und Hervorhebung des *bonae fidei emptor* nicht dazu verleiten lassen, die Stelle dem Commentar zu dem Edicte *Si quis id quod mancipatur* abzusprechen. Die Worte „*bonae fidei*“, die allerdings an diesen Ort nicht passen ⁴⁸⁾, darf man unbedenklich als Inter-

⁴⁸⁾ Sie passen nicht, selbst wenn man mit Brinz, a. a. O. S. 89 fgg., annimmt, dass „*b. f. emptor*“ auch den zum bonitarischen Eigentümer gewordenen Käufer bezeichnen konnte. Das Moment, dass der Käufer vom *dominus* unter allen Umständen *in bona fide* ist, mochte ein Jurist

polation betrachten: von *b. f. emptio* redet Ulpian's Commentar ausschliesslich und erschöpfend in dem Abschnitt fr. 7 § 11 sq.; die gelegentliche Erwähnung der *bona fides* hier unter der Rubrik „*traditum ex iusta causa*“ ist dringend verdächtig, um so verdächtiger, als man in fr. 3 § 1, wenn sich die Stelle auf die Publiciana des *b. f. possessor* bezöge, mit Grund einige Worte darüber erwarten dürfte, dass und warum *bona fides* sonst erst bei der Tradition, hier schon vorher erforderlich ist. Und was die Voranstellung der *traditio ex causa emptionis* (*non solum emptori*) angeht, zu welcher der Wortlaut des Edicts keine Veranlassung bot und die daher vielfach aufgefallen ist, so erklärt sich diese sehr einfach daraus, dass, wie ich unten zeigen werde, die proponirte Musterformel der Publiciana auch des bonitarischen Eigentümers lediglich auf den Fall der *emptio* gestellt war.

In fr. 7, soweit diese Stelle für uns in Betracht kommt, ist von unserm Standpunkte aus auffallend die Tatsache, dass hier in § 2—4 und 7 Entscheidungen vorkommen, die unmöglich auf die Publiciana des bonitarischen Eigentümers, sondern nur auf die des *b. f. possessor* bezogen werden können. Nach § 2 soll die Publiciana demjenigen zustehen, *qui a furioso ignorans eum furere emit*; nach § 3 dem Erwerber *ex causa lucratiua*, und zwar desswegen, weil auch der Empfänger einer Liberalität *iustus possessor et petitor* sei, eine Begründung, die bei dem vom *dominus* Beschenkten schwerlich am Platze war und daher die ganze Stelle auf den *b. f. possessor* zu deuten zwingt⁴⁹⁾; § 4 gewährt die Publiciana dem *b. f. emptor*

da hervorheben, wo, wie im Falle des fr. 8 pro emptore (41. 4), aus dem Mangel der *b. f.* bedeutsame rechtliche Schlussfolgerungen hätten gezogen werden können. In fr. 3 § 1 h. t. dagegen lag für Ulpian nicht die mindeste Veranlassung vor, dem bonitarischen Eigentümer ein *testimonium bonae fidei* auszustellen. Vgl. S. 49.

⁴⁹⁾ Die Stelle liefert übrigens auch einen unterstützenden Beweis dafür, dass das die *b. f. possessio* betreffende Edict lediglich auf den Fall der *b. f. emptio* reflectirte, nicht auf jede *iusta causa traditionis*: sonst

von einem Minderjährigen, § 7 demjenigen, der auf Grund deferirten Eides sein Eigentum beschworen hat, offenbar gleichermaßen ein Fall, in welchem von Erwerb bonitarischen Eigentums keine Rede sein kann. Da nun nach unserer Ansicht der Commentar zu dem Edicte *Ei qui bona fide* erst bei fr. 7 § 9 beginnt, so sind diese Stellen, wenn sie bei Ulpian an dem Orte standen, wo wir sie in den Digesten finden, unvereinbar mit unserer Reconstruction und wir müssen daher, um die letztere zu retten, annehmen, dass sie erst durch die Compileren hither versetzt worden sind. Und glücklicher Weise haben diese auch hier wieder dafür gesorgt, dass die Spuren ihrer Hand selbst von dem blödesten Auge nicht verkannt werden können.

Man braucht nur fr. 7 pr. — § 8 im Zusammenhange zu lesen, um zu der Ueberzeugung zu gelangen, dass Ulpian so nicht geschrieben haben kann. In fr. 3 und 5, haben wir gesehen, beschäftigt sich der Jurist mit den *iustae causae traditionis*; als solche macht er da namhaft: *emptio, dos, iudicatum, noxae deditio*. Im naturgemässen Fortgang der Untersuchung musste er nun zunächst die Lehre von den *iustae causae* erledigen, dann etwa zu Fällen übergehen, in denen die Publiciana auch ohne *iusta causa* oder ohne vorgekommene *traditio* gewährt wird (sofern er deren hier zu betrachten hatte), und endlich mit den allgemeinen Bemerkungen über den Charakter der Publiciana schliessen. Sehen wir nun dagegen, wie ihn die Compileren verfahren lassen.

Fr. 7 pr. behandelt den Fall der Adjudication, also keine *iusta causa traditionis*, sondern einen Fall, wo Eigentums-

würden wir statt des „*est enim iustus possessor et petitor qui liberalitatem accepit*“ sehr wahrscheinlich ein „*est enim iusta causa* u. s. w.“ — vgl. fr. 3 § 1 h. t. — finden. Dass die Publiciana jedem *iustus possessor* zustehe, scheint ein von der Jurisprudenz aus dem Edict *Ei qui bona fide* entwickeltes Princip gewesen zu sein (arg. fr. 13 § 1 h. t.), auf welches man sich gewiss nur da berief, wo man von dem Edictswortlaut im Stich gelassen war.

erwerb ohne Tradition stattfindet. In § 1 ist von der Publiciana auf Grund stattgehabter *litis aestimatio* die Rede; die Entscheidung wird darauf gestützt, dass die *litis aestimatio similis est uenditioni*; es scheint also, dass dieselbe — arg. fr. 46. 47 de R. V., fr. 1 pro emptore (41. 4) — hier als *iusta causa traditionis* in Betracht gezogen wird. Den Inhalt von § 2—4 habe ich bereits angegeben. § 2 und 4 fallen beide in die Lehre von der *b. f. emptio* und gehören also aufs engste zusammen. Trotzdem stehen sie hier getrennt sowohl von der ersten (interpolirten) Erwähnung der *b. f. emptio* in fr. 3 § 1 als von der spätern ausführlichen Erläuterung des „*qui bona fide emit*“ in fr. 7 § 11 sq., getrennt aber auch von einander durch die ganz fremde Bemerkung über den Fall des Erwerbs aus lucrativem Titel, der eine besondere Nummer in dem Katalog der *iustae causae traditionis* hätte bilden müssen. § 5 vermehrt diesen Katalog um eine weitere Ziffer: die *permutatio*. Folgt in § 6 der allgemeine Satz: *Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit*. Nach diesem sollte man unmittelbar das in § 8 Gesagte erwarten, etwa mit einem *igitur* oder *itaque* angeknüpft: *in Publiciana omnia eadem erunt, quae et in rei uindicatione diximus*. Statt dessen hätte nach der Compilation zwischen diesen beiden, den Charakter der *actio* überhaupt betreffenden Bemerkungen, Ulpian in § 7 von dem Specialfall der Publiciana auf Grund geleisteten Schiedseids gesprochen!

Diesen Wirrwarr dem Ulpian zuzutrauen, wird wohl kein vorsichtiger Forscher wagen. Ist es aber sicher, dass die Compiler eine ganze Reihe von Entscheidungen von ihrem ursprünglichen Standorte weg in diesen Abschnitt versetzt haben müssen ⁵⁰⁾, ist dies insbesondere wegen der geradezu

⁵⁰⁾ Wie weit die Interpolation geht, dürfte schwer zu sagen sein. Das principlose Durcheinander macht auch diejenigen Stellen verdächtig, die an sich auf jede von den beiden Functionen der Publiciana bezogen

ungeheuerlichen Anordnung ganz zweifellos hinsichtlich der ihrem Inhalte nach für uns bedenklichen §§ 2. 3. 4. 7, so ist damit nicht nur die Beweiskraft dieser Stellen gegen uns zerstört, sondern umgekehrt: die Tatsache, dass gerade die Stellen, die von der Publiciana des blossen Besitzers handeln, hier von den Compilatoren eingeschoben sind, spricht dafür, dass Ulpian die Voraussetzungen der Publiciana in dieser Function hier nicht behandelt, dass also das Edict des fr. 1 pr., wie wir behaupten, sich auf die Publiciana in dieser Function nicht bezogen hat.

VI.

Nach Feststellung des Textes der beiden Abschnitte des publicianischen Edicts genügt deren blosse Vergleichung, um die Frage zu beantworten, warum die Compilatoren, statt das Edict über die Besitzerpubliciana zu recipiren, lieber den Weg der Fälschung des andern Abschnitts beschritten haben. Die Ursache liegt in dem grellen Widerspruch des engen Wortlauts „*ei, qui bona fide emit, . . . iudicium dabo*“ und der weiten Anwendungssphäre, welche die publicianische Klage durch Vermittlung der Jurisprudenz gefunden hatte. Daran nahmen die Compilatoren nicht mit Unrecht Anstoss und sie suchten daher dem Text des viel weiter gefassten Edicts Si

werden können: pr. § 1. 5. 6. Beim pr. ist noch ein besonderer Zweifelsgrund der, dass man, um überhaupt an die Klage des bonitarischen Eigentümers denken zu dürfen, eine *adiudicatio* im *iudicium imperio continens* unterstellen müsste, und dass wir überdies nicht wissen, ob die Klage in diesem Falle bonitarischen Eigentums *Publiciana* genannt wurde. Nur § 8 möchte ich nicht gerne aufgeben, sowohl wegen des Inhalts der für die Publiciana des *b. f. possessor* etwas weitgehenden in ihr enthaltenen Behauptung (vgl. fr. 74 de furtis), als auch weil sich, wenn diese Stelle ursprünglich anderswo stand, kaum ein hinreichender Grund auffinden lassen dürfte, um desswillen die Compilatoren sie (nebst § 6) gerade hierher versetzt haben könnten.

quis id quod mancipatur durch Interpolation Bezug auf die recipirte Function der Klage zu geben.

Die Vergleichung der beiden Abschnitte legt nun aber noch eine andere Frage nahe, die gleichfalls hier nicht unbeantwortet bleiben kann. Wie erklärt sich nämlich die verschiedene Fassung der beiden Abschnitte? Ist es denkbar, dass vielleicht ein und derselbe Prätor einen und denselben Eigentumserwerbgrund, die Tradition, hier und dort in verschiedenem Umfange unter prätorischen Schutz gestellt haben sollte, zumal da diese Verschiedenheit der Behandlung doch offenbar eine absichtliche gewesen sein müsste? Die Lösung des Rätsels ist leichter als man auf den ersten Blick denken sollte.

Das Edict *Ei qui bona fide emit* war augenscheinlich eine Neuerung von ganz anderer Kühnheit wie das über den Schutz des bonitarischen Eigentümers. In letzterem schloss sich der Prätor enge an bestehendes Recht an. Man versetze sich nur in jene Zeit. Wenn wir den Wortlaut unseres Edicts richtig reconstruirt haben, so muss es damals bereits anerkannter Rechtsgrundsatz gewesen sein, dass Tradition einer *res nec mancipi ex iusta causa* deren Civileigentum übertrage. Nun war es nur natürlich, dass man in einer Periode, wo der Ackerbau seine überwiegende Bedeutung im wirtschaftlichen Leben der Römer mehr und mehr verlor, sich die Frage vorlegte: warum sollen *res mancipi* rechtlich anders behandelt werden als *res nec mancipi*? Wohingegen es verwunderlich gewesen wäre, wenn man bloss speciell gefragt hätte: warum sollen *res mancipi*, wenn man sie kauft, ein Sonderrecht haben? Gewiss waren es nicht theoretische Erwägungen, sondern dringendes praktisches Bedürfniss, was den Prätor zur Erlassung dieses Edicts bewog, und dies Bedürfniss mag immerhin beim Kauf am energischsten hervorgetreten sein. Aber welcher Römer hätte sich der Erkenntniss der Inconsequenz verschliessen können, die darin gelegen hätte, die Nothwendigkeit der Mancipation bei Kauf einer *res mancipi* praktisch abzuschaffen, sie dagegen im Uebrigen bestehen zu

lassen? Daher denn die allgemeine Fassung des Edicts *Si quis id quod mancipatur*.

Dagegen für den Schutz des blossen *b. f. possessor* gab es kein Analogon im bestehenden Rechte. Dieser Rechtsgedanke trat im Publicianischen Edicte zum ersten Male in die Welt, und es hiesse die Gesetze aller Rechtsentwicklung verkennen, wenn man annehmen wollte, es habe derselbe sogleich in seiner vollen Tragweite erfasst werden und sich daher dem Prätor von allem Anfange an mit dem Anspruch auf Verwirklichung in dieser Tragweite vorstellen müssen. So grosse Schritte machen die Völker in der Entwicklung ihres Rechtsbewusstseins nicht. Was den Prätor zu seiner Neuerung veranlasste, war ohne Zweifel das Bedürfniss des Handelsverkehrs ⁵¹⁾, in welchem die Waaren in kurzer Zeit durch viele Hände gehen, der *auctor* oft in grosser Entfernung wohnt und aus beiden Gründen der Beweis erworbenen Eigentums ein besonders schwerer und langwieriger ist, während der Handel gerade umgekehrt besondere Leichtigkeit und Raschheit der Rechtsverfolgung verlangt. Das Erwerbsgeschäft des Handels einer aus ihrem Mittelalter herausgetretenen Nation ist aber — abgesehen von der Geldzahlung, bei welcher aus zu Tage liegenden Gründen ein Schutz des redlichen Erwerbs entbehrlich ist — fast ausschliesslich die *traditio ex causa emptionis*; Tausch, *datio in solutum* u. dgl. sind daneben von verschwindender Bedeutung. Wenn denn nun praktisch nur oder fast nur *b. f. emptores* sich um den Schutz des Prätors bewarben, wie sollte er zu der Abstraction gelangt sein, welche ein allgemeines Edict über den Schutz des *b. f. possessor* voraussetzen würde, zumal, da mindestens der Erwerb *ex causa lucratiua* auch an Schutzwürdigkeit dem redlichen Kaufe keineswegs gleichsteht? Kurz, man sieht, dass die Beschränktheit des Edicts, weit entfernt davon auffallend zu sein,

⁵¹⁾ Ich darf hier wohl auf die Analogie hinweisen, welche in unserer Rechtsentwicklung a. 306 des Hgb. bietet.

umgekehrt viel leichter erklärlich ist, als es am Ausgangspunkt der Entwicklung des Rechtsgedankens jene Abstraction wäre.

VII.

Durch das Bisherige glaube ich meine Reconstruction nach allen Seiten, so weit möglich, gesichert zu haben. Ich werfe nun zum Schlusse noch einen Blick auf die Formel. Dieselbe ist uns überliefert bei Gaius, IV. 36:

(Eiusdem generis est, quae Publiciana) uocatur: datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit. nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse et ita, quasi ex iure Quiritium dominus factus esset, intendit, ueluti ⁵²⁾ *hoc modo: SI QUEM HOMINEM AULUS AGERIUS EMIT IS* ⁵³⁾ *EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM DE QUO AGIT(UR) EIUS EX IURE QUIRITUM ESSE OPORTERET, et reliqua.*

Diese Formel nun kann offenbar nicht völlig so gelautet haben, wie wir sie hier im Manuscripte finden; denn das *anno possedisset* schwebt durchaus in der Luft.

Voigt (a. a. O. IV ², S. 480 n. 21), der im Manuscript nach Böcking hinter *EMIT* statt *IS* ein *TS* annimmt, will dies *TS* in ein *et qui* verwandeln ⁵⁴⁾; ähnlich Göschen in

⁵²⁾ Studemund hat die als zweifelhaft bezeichnete Lesung: $\bar{i} * u$. Hält man an dieser Lesung fest, so wird kaum etwas Anderes übrig bleiben, als das \bar{i} als Sigle für *intendit* zu nehmen (so Studemund-Krüger) und die Lücke zwischen den beiden Buchstaben durch ein \bar{u} auszufüllen ($\bar{u} u = ueluti$ findet sich im MS. auch sonst).

⁵³⁾ „*EMIT IS*“ ist von Studemund sicher gelesen. Böcking hat *EMIT TS*.

⁵⁴⁾ Das *T* soll Schreibfehler für *ET*, *S* aus einem halbverwischten *Q* entstanden sein.

seiner ersten Ausgabe: *quique*; beides gewagte und stilistisch unbefriedigende Conjecturen. Huschke und mit ihm die Meisten, auch neuerdings wieder Studemund - Krüger, schieben vor *IS* ein *ET* ein und lesen demgemäss:

Si, quem hominem A. A. emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum u. s. w.

Auch ich halte diese letztere Conjectur für die wahrscheinlich richtige. Ein *et* hinter *emit* konnte von dem Abschreiber leicht übersehen werden. Sprachlich hat die Vertauschung der Relativconstruction mit der directen nichts Auffallendes: wir finden dieselbe bei römischen Prosaikern ⁵⁵⁾ häufig und, worauf Huschke (Recht der Public. Kl. S. 5 n. 3*) aufmerksam gemacht hat, auch im römischen Legalstil.

Lex Jul. munic. v. 157:

qui pluribus in municipiis domicilium habebit et is Romae census erit, quo magis in municipio censeatur et rel.

Dazu kommt, dass in einem bisher übersehenen Fragmente, wo von einem gekauften und tradirten Sklaven die Rede ist, Ulpian sich genau der von Huschke der Formel zugeschriebenen Construction bedient:

fr. 17 § 2 de furtis (47. 2):

Quum autem seruus, quem emi traditusque mihi est, a me redhibeatur et rel.

Obwohl die Stelle sich nicht auf die Publiciana bezieht, ist es doch kaum möglich, den Gedanken abzuweisen, dass wir es hier mit einer unwillkürlichen Reminiscenz an deren Formel zu tun haben ⁵⁶⁾. —

⁵⁵⁾ Cic. ad Att. X. 16, 3 (*qui et ad eum . . .*), Brutus, c. 74 (*qui nec eos*), Orator c. 2 i. f. (*quam in eaque*). Auch Ulpian in fr. 43 mandati: *Qui mandatum suscepit isque hoc fecerit, mandati conueniendus est.*

⁵⁶⁾ Auch darauf darf aufmerksam gemacht werden, dass die gleichfalls sehr nahe anklingende Wendung „*si (fundum) emit isque (et is) ei traditus est*“ bei den römischen Juristen ganz gewöhnlich ist; vgl. z. B.

Die so reconstruirte Formel, wie auch der vorhergehende Bericht des Gaius über das Anwendungsgebiet der Publiciana, hat das Auffallende, dass zwischen den beiden Functionen der Publiciana nicht unterschieden wird: es ist weder von einer *res mancipi tradita a domino* noch von einer *res bona fide empti* die Rede. Die Meinungen darüber, welche Function der Gaianischen Formel zukommt, sind daher denn auch so geteilt, wie möglich. Die Einen halten sie für die Formel des bonitarischen Eigentümers, Andere für die des *b. f. emptor*, Dritte endlich sind der Ansicht, dass es überhaupt für beide Functionen der Publiciana nur eine und dieselbe Formel gegeben habe und dass dies die Gaianische sei. Gegen die beiden ersten Meinungen spricht meines Erachtens entscheidend der Umstand, dass die Worte, welche Gaius der Formel vorausschickt, um ihrer Allgemeinheit willen notwendig auf beide Functionen der Klage bezogen werden müssen. Mochte auch Gaius, wie Huschke (a. a. O. S. 12) bemerkt, hier nur das Interesse haben, „die *Publiciana actio* als Beispiel einer *ficticia formula* hinzustellen, wofür die Verschiedenheit der gedachten beiden Fälle gleichgiltig ist“: das konnte ihn allerdings veranlassen, nur eine der etwa vorhandenen mehreren Formeln zu citiren, das berechtigte ihn aber nicht, von der einen citirten Formel zu behaupten, sie werde demjenigen gegeben, *qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit*, wenn diese Behauptung in ihrer Allgemeinheit falsch war. Und man wende nicht ein, Gaius stelle ja diese allgemeine Behauptung gar nicht auf, er bezeichne durch sein „*intendit ueluti hoc modo*“ seine Formel ausdrücklich nur als Beispiel: denn das Subject des „*intendit*“ ist der „*is qui ex iusta causa traditam sibi rem petit*“, und in diesem Zusammenhange kann kein Unbefangener dem *ueluti* eine andere Beziehung geben, denn auf das Beispielsverhältniss der *emptio* zu dem allgemeinen Begriffe *iusta causa traditionis*.

fr. 2 de exc. r. uend. (21. 3), fr. 19 de usurp. (41. 3), fr. 4 § 32 de d. m. exc. (44. 4).

Ist nun also die dritte Meinung richtig? Wäre über die Publiciana nichts überliefert als der Bericht des Gaius, so würde ich die Frage unbedenklich bejahen. Denn die Gaianische Formel passt offenbar und, ohne dass weitere Zusätze nötig wären, auf beide in den Worten des Juristen eingeschlossene Functionen der Klage. Die Formel weist den Judex an zu condemniren, wenn der Kläger, falls er die ihm *nomine emptio* tradirte Waare ein Jahr lang besessen hätte, deren Eigentümer wäre. Unter den Erfordernissen der Usucapion ist also, wie man sieht, dem Kläger nur der Zeitablauf nachgelassen; dagegen müsste er, um mit der Formel zu siegen, trotzdem davon ausdrücklich nichts gesagt ist, die übrigen Voraussetzungen der Ersitzung nachweisen: also entweder bonitarisches Eigentum oder mindestens, dass er *bona fide* gekauft und tradirt erhalten habe⁵⁷⁾. Welche von beiden Richtungen seine Beweisführung nehmen würde, darüber hätte sich der Kläger *in iure* nur dann zu erklären brauchen, wenn der Beklagte die *exceptio iusti dominii* begehrte, er aber die Berechtigung dieses Verlangens aus dem Grunde bestritt, weil er als bonitarischer Eigentümer dem quiritischen vorgehe; in solchem Falle wäre die *exceptio* versagt, der Kläger aber (sei es mit oder ohne besondern Formelzusatz) verpflichtet worden, den Beweis seines bonitarischen Eigentums zu führen, und damit würde stimmen, dass die *exceptio iusti dominii* nach fr. 57 *mandati* nur *causa cognita* erteilt worden ist.

Allein auch die scheinbar glattesten Erklärungen können unrichtig sein, und die Unrichtigkeit der obigen wird meines Erachtens ausser allen Zweifel gestellt durch ein Fragment aus dem Commentar zu dem Edicte *Ei qui bona fide emit*, welches sich offenbar auf die Formel aus diesem Edicte bezieht⁵⁸⁾ und zur Evidenz dartut, dass in dieser Formel nicht

⁵⁷⁾ Vgl. Bekker, Actionen, II. S. 110, Bechmann, Kauf, I. S. 385.

⁵⁸⁾ Dass Ulpian einen besondern Abschnitt seines Commentars der Formel gewidmet, ist in Anbetracht der durchgängigen Uebereinstimmung unseres Edicts mit seiner Formel mehr als unwahrscheinlich.

von einem *emit* schlechtweg, sondern von einem *bona fide emit* die Rede war. Es ist dies fr. 7 § 14 und 15 h. t.:

Publiciana tempus emptionis continet; et ideo neque quod ante emptionem neque quod postea dolo malo factum est, in hac actione deduci Pomponio uidetur. (§. 15.)

*Bonam autem fidem solius emptoris continet.**

Geht es hienach in keiner Weise an, das Erforderniss der *bona fides* aus der Usucapionsfiction der Formel zu ergänzen, so ist damit zugleich bewiesen, dass die Formel der *Publiciana* des bonitarischen Eigentümers von derjenigen des redlichen Besitzers in ihrem Wortlaut verschieden gewesen sein muss. Denn dort konnte die Klagbehauptung nicht auf *bonae fidei emptio* formulirt sein. Das wird vielleicht von demjenigen bestritten werden, der mit Brinz (a. a. O. S. 89 fg.) die Worte *bona fide emit* als Bezeichnung nicht bloss für den *b. f. possessor*, sondern auch für den bonitarischen Eigentümer gelten lässt. Aber, wenn unsere Edictsreconstruction richtig ist, so wird man m. E., mag man auch dieser Brinz'schen Ansicht beitreten, dennoch dem subjectiven Moment der *bona fides* in der Formel des Bonitars keinen Platz gewähren können. Einem Edicte, welches auf die objective Tatsache, dass der *dominus* die Streitsache *ex iusta causa* tradirt habe, gestellt war, kann nur eine ebenso objectiv gefasste Formel entsprochen haben; wie in der aus dem Edicte *Ei qui bona fide emit* das *bona fide*, so wird in ihr das *a domino* zum Ausdruck gekommen sein; und, wenn auch anerkannt werden muss, dass nichts den bonitarischen Eigentümer hinderte, sich auf Geltendmachung der Rechte, welche ihm schon als *bonae fidei emptor* zustanden, zu beschränken, so hatte doch die Formel aus dem Edicte *Si quis id quod mancipatur* für ihn die praktische Bedeutung, dass sie die *exceptio iusti domini* von vornherein ausschloss und dass sie ihm dem Gegner gegenüber zur Feststellung seines bonitarischen Eigentums verhalf, des bonitarischen Eigentums mit allen daran sich anknüpfenden Rechts-

folgen! die ja über die der blossen *bonae fidei possessio* weit hinausgingen, — ich erinnere beispielsweise an die bekannten Rechtssätze vom Erwerb der Sklaven (Ulp. XIX. 20 u. 21; Gai. II. 88 u. 92). Aeussere und innere Gründe führten, wie man sieht, übereinstimmend dahin, für diese beiden trotz ihrer nahen Verwandtschaft vom Recht so scharf unterschiedenen Rechtsverhältnisse zwei verschiedene Formeln aufzustellen.

Wie aber soll nun, wenn wir zwei Formeln der Publiciana je nach Verschiedenheit ihrer Function anzunehmen haben, und eine jede abweichend von dem Berichte des Gaius, sich die Autorität dieses Berichts mit der Existenz dieser Doppelformel vereinbaren können? Mir scheint folgende Lösung weitaus die wahrscheinlichste. Wie bereits bemerkt, kam es Gaius an gegenwärtiger Stelle durchaus nicht darauf an, die Publiciana in ihren beiden Functionen nach Voraussetzungen und Formel zu specialisiren, sondern er wollte lediglich in der Publiciana ein Beispiel einer *formula ficticia* geben. Auf der andern Seite konnte und durfte ihm aber doch daran gelegen sein, seinen Lesern bei dieser Gelegenheit einen annähernd richtigen Begriff von dem Umfange zu verschaffen, in welchem diese Art fictischer Formel praktisch zur Anwendung kam. Was tat er also? Er fasste zunächst den Inhalt der beiden Abschnitte des Publicianischen Edicts in einen kurzen Bericht zusammen, wobei er zugleich den Umstand in Rücksicht zog, dass das Anwendungsgebiet des Abschnitts *Ei qui bona fide emit*, obwohl ursprünglich enger begrenzt, doch durch die Jurisprudenz längst die gleiche Ausdehnung erlangt hatte wie das des Abschnitts *Si quis id quod mancipatur*. In diesem Sinne heisst es: *haec actio ei datur, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit*. Sodann zog er dem entsprechend auch die beiden Formeln in eine zusammen, d. h. er liess aus seinem Formelcitate die Unterscheidungsmerkmale der beiden — das *bona fide* der einen wie das *domino* der andern — weg und gab bloss das beiden Gemeinsame. So entstand aus der Doppelformel

Si quem hominem Aulus Agerius a domino ⁵⁹⁾ *emit, . . .*

und

Si quem hominem Aulus Agerius bona fide emit, . . .

die eine von Gaius angeführte Formel.

Ich sehe zwei Einwürfe hiegegen voraus. Einmal: dass auf diese Weise nicht erklärt werde, wie Gaius dazu komme, von einer *actio Publiciana* zu sprechen und seine Formel als die dieser einen *actio* zu bezeichnen. Fürs Andere (vergl. Voigt, *Jus nat.* IV² S. 481 fg.): die erste der von uns aufgestellten Formeln sei mit unserer Reconstruction des Edicts *Si quis id quod mancipatur* unvereinbar; die Formeln hätten überall den durch das Edict gesetzten klagbegründenden Tatbestand möglichst genau reproducirt; einem Edicte, das von *traditum ex iusta causa* redete, habe daher keine auf *emptio* gestellte Formel entsprechen können. Beide Einwürfe scheinen mir gleich ungerechtfertigt. Gaius hat auch nach unserer Ansicht alles Recht, nur von einer *actio Publiciana* zu sprechen; denn es gab in der Tat nur eine *actio* dieses Namens. *Publiciana* ist nämlich schwerlich der Name für irgend eine bestimmte im Edict proponirte Formel, — man erinnere sich der zahlreichen Stellen, welche in Fällen, die das Edict unzweifel-

⁵⁹⁾ Diese Stellung des *a domino* ist zweifelhaft. Mancher wird vielleicht vorziehen, die Worte in Gemässheit des edictalen *traditum ex iusta causa a domino* hinter *traditus est* zu stellen. Was mich zur Wahl des Platzes vor *emit* bestimmt, ist der Gegensatz des in den Quellen so constant auftretenden *non a domino emit*, vgl. n. 11 und besonders fr. 7 § 11 h. t., v. „*quamvis non a domino emerim*“, worüber n. 41 a. E. Sachlich war das Erforderniss „*traditum a domino*“ durch das vorübergehende *a domino emit* für den *iudex* zweifellos. Freilich passt unsere Formel nun nicht auf den Fall, wo der Kläger von A. eine Sache des B, gekauft und diese dann von B. *eo nomine* tradirt erhalten hatte; dieser Fall war aber in der Formel schwerlich vorgesehen; war doch der correspondirende Fall, wo ein Anderer gekauft, der Kläger tradirt erhalten hatte, in der Formel nicht nur gleichfalls nicht vorgesehen, sondern sogar, wie es scheint, bis zu einem *rescriptum Seueri* Gegenstand des Zweifels. fr. 11 pr. h. t.

haft nicht vorgesehen hatte, schlechtweg die „*Publiciana*“ gewähren —, sondern der Name *Publiciana* bezeichnet die von dem Prätor Publicius erfundene Formelgestaltung überhaupt: die petitorische Formel mit Usucapionsfiction⁶⁰⁾, — gerade so, wie die von Gaius IV. 35 erwähnten Formeln, die *Serviana* und *Rutiliana* des *bonorum emptor*, keine Individualformeln, sondern, wie Gaius sagt, *species actionis* waren. Darum und nur darum konnte der Jurist sagen: „*datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit*“, obwohl die Formel ausweislich seines eigenen Beispiels je nach Verschiedenheit der *causae* verschieden gefasst gewesen sein muss. „*Haec actio*“ heisst eben nur: die *actio* mit der Publicianischen Fiction. Und, was nun jenen zweiten Einwand betrifft, so scheint mir zunächst die Frage erlaubt: wie gross ist die Zahl der Formeln, die wir in ihrem Verhältniss zu den Edictsworten genau kennen? ist sie gross genug, dass wir ein allgemeines Urtheil darüber wagen dürfen, inwieweit der Prätor bei der Formelconception von den Edictsworten ins Individuelle des Falls abzuweichen oder nicht abzuweichen pflegte? In den Sachen, die unter das Edict *de dolo malo* fielen, dürfte der Prätor sich in der Formelbildung sicher nicht an den generellen Edictswortlaut gehalten haben, sondern er hat gewiss die Formel auf das Factum des Einzelfalls abgestellt; die gleiche Annahme ist auch bei der *actio metus* unabweislich. Und unser Edict *Si quis id quod mancipatur*, hinderte es etwa durch seine Fassung den Prätor an der Specialisirung der Formel? Es vertragen sogar die Worte *ex iusta causa* sehr wohl die Auslegung: *ex causa, quae mihi iusta uidebitur*; *iudicium* ist nur demjenigen versprochen, der ein *traditum ex iusta causa* einklagt; ehe der Prätor also *iudicium* erteilt, wird er untersuchen, ob hier *petitio* eines *traditum ex iusta causa* vorliegt, d. h. ob die vom Kläger angegebene *causa* eine *iusta* ist. Fasst man das Edict

⁶⁰⁾ Vgl. Keller, Civilprocess n. 946.

so auf, so ist die rechtliche Qualität der angegebenen *causa* dadurch ausdrücklich zum Gegenstand der prätorischen *Cognition* gemacht, mithin der des *Judex* entzogen und also die Specialisirung der Formel im Edicte geradezu vorgesehen. Wir haben aber neben dieser durch das Edict selbst an die Hand gegebenen Unterstützung auch noch ein Quellenzeugniss anzuführen, welches ganz entschieden dafür spricht, dass die vom Prätor zu unserem Edicte aufgestellte Musterformel eine Specialformel, und zwar die *ex causa emptio* war. Dies Zeugniss liegt in der schon oben berührten auffallenden Hervorhebung des *emptor* in fr. 3 § 1 h. t.:

Ait praetor: (traditum) ex iusta causa petet. Qui igitur iustam causam traditionis habet, utitur Publiciana, et non solum emptori [bonae fidei] competit Publiciana, sed et aliis, ut puta etc.

Der Jurist drückt sich hier so aus, als wolle er seinen Leser vor einem naheliegenden Missverständniss warnen, und die Veranlassung zu diesem kann nach unsern frühern Erörterungen nirgend anderswo liegen als in der proponirten Musterformel.

Und so glaube ich denn behaupten zu dürfen: dass der Bericht des Gaius über die *Publiciana* mit meiner Reconstruction des Edicts im schönsten Einklang steht. —

Ich stelle zum Schlusse die Ergebnisse dieser Abhandlung zusammen. Das Publicianische Edict nebst Formeln lautete:

- I. *SI QUIS ID, QUOD MANCIPATUR, TRADITUM EX IUSTA CAUSA A DOMINO ET NONDUM USUCAPTUM PETET, IUDICIUM DABO.*
- II. *EI, QUI BONA FIDE (non a domino?) EMIT, SI REM TRADITAM SIBI ET NONDUM USUCAPTAM PETET, IUDICIUM DABO.*

Formulae.

I. SI QUEM HOMINEM A* A* A DOMINO	}	EMIT ET IS EI TRADI- TUS EST, ANNO POSSE- DISSET, TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGI- TUR, EIUS EX IURE QUIRITIUM ESSE OPOR- TERET, et rel.
II. SI QUEM HOMINEM A* A* BONA FIDE		

Die Formel der s. g. actio de eo quod certo loco und das Wesen der actiones arbitrariae *).

Auch heute noch darf es wohl als herrschende Meinung bezeichnet werden, dass zum Wesen der *actiones arbitrariae* ein Befehl (*iussus*) zur Naturalleistung gehöre, welchen der Richter am Schlusse der Verhandlung an den schuldig be-

*) Das Wesen der *actiones arbitrariae* ist neuerdings von Gimmerthal (das Eigentum im Conflict mit den übrigen Gebilden des Sachenrechts und die *actiones arbitrariae* insbesondere, 2. Aufl. 1875) mit grosser Ausführlichkeit untersucht worden, m. E. ohne jedes brauchbare Resultat. S. 39 gibt der Verfasser folgende Definition:

„*Actiones arbitrariae* sind solche prätorische *actiones in rem* und *in personam*, deren nächster Zweck auf das *dare* oder *restituere* einer *res corporalis* (nicht auf Einräumung eines *ius*) gerichtet ist, von welcher entweder dem Beklagten das wahre Eigentum (*ex iure Quiritium*), dem Kläger aber irgend ein beschränkteres Recht zusteht, oder bezüglich deren der Beklagte in Folge eines Delicts oder besondern Versprechens zur Rückgabe eigentümlichen Besitzes verpflichtet erscheint, und bei welchen die auf Grund der richterlichen *pronunciatio arbitrii* (Erkenntniss über die Rechtsfrage) den Beklagten treffende, aber trotzdem verweigerte Naturalleistung durch ein Geldsurrogat nach Massgabe des *quanti ea res est*, d. i. des wahren Sachwerts, und ausnahmsweise des *quadrupli* im Condemnationswege ersetzt wird.“

Eine Kritik dieser Auffassung scheint mir ohne entsprechenden Nutzen; ich werde daher die Schrift im Folgenden unberücksichtigt lassen.

fundenen Beklagten erlasse; gehorche der Beklagte diesem Befehl, so werde er absolvirt; wo nicht, so erfolge Condemnation in das eventuell durch Schätzungseid festzustellende Interesse oder ein Mehrfaches desselben; in der Formel sei diese Rechtsregel hervorgetreten in Gestalt einer negativen Condemnationsbedingung „*neque* oder *nisi (arbitrio tuo) restituat, exhibeat* u. dgl.“ In diesen Punkten stimmen die im Einzelnen mannichfach von einander abweichenden Darstellungen von Puchta, Savigny, Rudorff, Keller, Bethmann-Hollweg und vielen Andern überein.

Ihre Hauptstütze hat die herrschende Ansicht in dem vielbesprochenen § 31 J. de act. (4. 6):

Praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio iudicis pendentes, appellamus, in quibus, nisi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, actori satisfaciatur — ueluti rem restituat uel exhibeat uel soluat uel ex noxali causa seruum dedat — condemnari debeat.

In der Tat enthält die Stelle — es hilft Nichts, sich darüber zu täuschen — eine deutliche und ausdrückliche Bestätigung des Behaupteten, und wer die Richtigkeit jener Charakterisierung der *actiones arbitrariae* zu bestreiten unternimmt, von dem wird man vollen Gegenbeweis verlangen dürfen. Diesen Gegenbeweis gedenke ich im Folgenden aus dem Rechte der *actio arbitraria de eo quod certo loco* zu erbringen, alsdann aus der Vergleichung ihrer Formel mit derjenigen der andern *actiones arbitrariae* das wahre Wesen dieser Klagengattung zu ermitteln und schliesslich zu erklären, auf welche Weise die falsche Definition des § 31 cit. in die Institutionen Justinians gelangt ist.

I.

Die s. g. *actio de eo quod certo loco* war bekanntlich die *actio*, durch welche eine *obligatio stricti iuris* mit bestimmtem Erfüllungsorte ausserhalb dieses Erfüllungsortes

gerichtlich verfolgt werden konnte. Die Veranlassung ihrer Einführung lag darin, dass auf erteilte *condictio* der *iudex* in Folge einer eigentümlichen hier stattfindenden Beschränkung seines *officium* nur dann verurteilen durfte, wenn die Klage am Erfüllungsorte selbst erhoben war, während die Möglichkeit, an diesem Orte zu processiren, da der ältere Process kein Contumacialverfahren kannte, von dem Schuldner durch ständige Abwesenheit leicht vereitelt werden konnte ¹⁾.

Dass unsere *actio* eine *arbitraria* war, kann keinem Zweifel unterliegen: sie wird in § 31 J. de act. in dem Katalog der *arbitrariae* aufgeführt und in einer ganzen Reihe weiterer Stellen ausdrücklich als solche bezeichnet: § 33 J. eod. fr. 2 pr. § 8. fr. 4 § 1. fr. 5. 7. 10 h. t. (13. 4). fr. 16 § 1 de pec. const.

Schon von Mehreren ist es erkannt und hervorgehoben worden, dass, was wir von dieser *actio* wissen, mit der herrschenden Meinung über das Wesen der *arbitrariae actiones* unvereinbar ist, namentlich von Windscheid ²⁾ und Cohn ³⁾. So wie wir es nämlich versuchen, der supponirten Verpflichtung des Richters zur Erlassung eines *iussus* Inhalt und Richtung zu geben, stossen wir sofort auf die grössten, ja unüberwindlichen Schwierigkeiten.

Die Quellen geben nicht den geringsten brauchbaren Anhaltspunkt. Sehr mit Unrecht hat man fr. 4 § 1 h. t. hier eine Rolle spielen lassen:

Interdum iudex, qui ex hac actione cognoscit, quum sit arbitraria, absolvere reum debet cautione ab eo exacta de pecunia ibi soluenda, ubi promissa est. quid enim, si ibi uel oblata pecunia actori dicatur uel deposita uel ex facili soluenda? nonne debebit interdum absolvere? In summa

¹⁾ Fr. 1 de eo quod certo loco (13. 4). Vgl. Cohn, die s. g. actio de eo quod certo loco (1877), § 2—4. Die Behandlung der verschiedenen über das Einführungsmotiv und Anwendungsgebiet dieser Klage bestehenden Controversen liegt ausserhalb des Zweckes dieser Abhandlung.

²⁾ Pandekten, § 46 n. 4.

³⁾ A. a. O. S. 135 fgg.

aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni addictus est.

Durch diese Stelle hat sich Savigny ⁴⁾ zu der Ansicht verleiten lassen, die hier erwähnte „Caution wegen Erfüllung des wörtlichen Inhalts der Stipulation“ sei der eigentliche Zweck und reguläre Erfolg der Klage. Ein unbegreiflicher Irrtum! Offenbar gewährte eine solche Caution dem Kläger nur genau das zurück, was er vor Anstellung der *actio de eo q. c. l.* bereits besessen und nur durch die processuale Consumtion verloren hatte: einen strengrechtlichen Anspruch auf Leistung am bestimmten Erfüllungsort. Wir hätten also hier eine Klage vor uns, die darauf berechnet gewesen wäre, den Kläger günstigsten Falls wieder in den *status quo ante* zu versetzen, „eine Schraube ohne Ende“ ⁵⁾. Oder sollte Savigny etwa eine Caution durch Bürgen im Auge gehabt haben? Allein *cautio* schlechtweg bedeutet nach dem Sprachgebrauch der Quellen i. d. R. die blosse Verbalcaution durch Stipulation und hat in unserer Stelle zweifelsohne lediglich diese Bedeutung. Es ist ja — man beachte nur das zögernde: *nonne debet interdum absolueri?* — augenscheinlich, dass hier nicht der regelmässige Verlauf des Processes dargestellt, sondern dass von einer Begleichung der Sache die Rede ist, die in der Formel nicht vorgesehen war und dem *iudex* nur unter ganz besondern Voraussetzungen gestattet sein sollte: wenn der Beklagte nachweist ⁶⁾, dass das Unterbleiben der stipulationsmässigen Zahlung am Erfüllungsort allein am Kläger selber liege, da er, der Beklagte, dazu bereit sei, wenn demgemäss der Process als Chicane von Seiten des Klägers erscheint, dann soll der Beklagte nicht condemnirt werden dürfen und

⁴⁾ System, V. S. 132. Vergl. übrigens dessen Obligationenrecht, I. S. 511 fg., wo die im System vertretene Ansicht stillschweigend zurückgenommen erscheint.

⁵⁾ Cohn, a. a. O. S. 136.

⁶⁾ Dass das *si dicatur* der Stelle von einem Nachweis, nicht von einer blossen Behauptung zu verstehen ist, kann keinem Zweifel unterliegen.

muss der Kläger zufrieden sein, wenn er durch Caution vor dem Verlust seines Anspruchs bewahrt wird. Es leuchtet ein, wie höchst unbillig es gerade unter solchen Umständen wäre, den Beklagten mit der Stellung von Bürgen zu belasten.

Weit verbreiteter ist denn auch die Annahme, der *iussus* sei normaler Weise auf Leistung am festgesetzten Erfüllungsorte selbst gerichtet gewesen ⁷⁾, also ein letzter Versuch, die Obligation ihrem eigentlichen natürlichen Ziele entgegenzuführen, ehe zur Condemnation geschritten wurde. Für diese Ansicht scheint das „*uel soluat*“ in § 31 J. de act. zu sprechen, wodurch in der Tat festgestellt ist, dass ein *iussus* auf *soluere* bei *actiones arbitrariae* vorkommen kann. Allein, was zunächst diese Stelle betrifft, so kann dieselbe sehr wohl auf Fälle, wie der in fr. 9 § 7 quod met. causa (4. 2) erwähnte, bezogen werden:

. . . si pecunia debita fuit, quae accepta per vim facta est, nisi uel soluatur uel restituta obligatione iudicium accipitur, quadruplo eum condemmandum . . .

und sie ist daher ohne Beweiskraft. An sich aber steht bei unserer *actio* der Annahme eines *iussus de soluendo* und, um es gleich hinzuzufügen, der eines *iussus* überhaupt entscheidend die Tatsache entgegen, dass es, mindestens nach der ursprünglichen Idee der Klage, dem *iudex* hier an dem Schreckmittel gebrach, durch welches bei allen denjenigen Actionen, wo der *iussus* unzweifelhaft vorkam, demselben der Gehorsam des Beklagten gesichert wurde. Während nämlich überall sonst dem ungehorsamen Beklagten Verurteilung in das durch *iusiurandum in litem* festzustellende Interesse des Klägers drohte, ist es gewiss, dass man bei Einführung unserer *actio* gar nicht an die Eventualität einer Berücksichtigung des klägerischen Interesse dachte, sondern bei der *litis aestimatio* lediglich die *utilitas promissoris* in Rechnung zog: *propter*

⁷⁾ Vgl. Schröter, Zschr. f. Civilr. u. Proc. VII. S. 369, Wächter, Erörterungen II. S. 60 u. A. m.

quam causam, heisst es in § 33 J. de act., *alio loco petenti arbitraria actio proponitur, in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quae promissori competitura fuisset, si illo loco solueret.*

Das Edict selber lautete wahrscheinlich:

*DE EO, QUOD CERTO LOCO DARI OPORTET,
ITA IUDICIUM DABO, UT UTILITAS ILLO LOCO
SOLUENDI SALUA SIT PROMISSORI* ⁸⁾.

Erst Labeo's und des ihm folgenden Julianus Einfluss war es, was auch dem klägerischen Interesse Geltung verschaffte, fr. 2 § 8 h. t.:

... *Julianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris
habet rationem, cuius interdum potuit interesse Ephesi
recipere*

Aber noch dem Ulpian liegt — diese Empfindung wird Jeder haben, der fr. 2 § 8 unbefangen liest — die Rücksicht auf den Beklagten sehr viel näher als die auf den Kläger. Hienach müsste der *iussus* bei der *actio de eo q. c. l.* einen ganz andern Charakter gehabt haben als sonst: nicht den eines mit Autorität ausgerüsteten Zwischenurteils, sondern den eines gütlichen Rats, den der Beklagte, ohne einen Nachteil zu riskieren, befolgen kann oder nicht, nach seinem Belieben. Ganz abgesehen davon, dass, solche unmassgebliche Ratschläge in officieller Form zu erteilen, dem Wesen des Richteramts zuwider ist: man darf fragen, was gerade unserer *actio* die zweifelhafte Ehre einer solchen Abnormität verschafft haben soll. Wurde der zu Ephesus Leistungspflichtige mit der *condictio* zu Ephesus belangt, so konnte er sich — nach der Pro-

⁸⁾ Dieser Wortlaut ergibt sich, wenn man die Rubrik von Dig. 13, 4 mit folgendem Passus aus § 33 J. cit. zusammenstellt:

*Si quis tamen Ephesi petat, id est eo loco petat, quo, ut sibi
detur, stipulatus est, pura actione recte agit. idque etiam praetor
monstrat, scilicet quia utilitas soluendi salua est
promissori.*

Von einem „*si alio loco petetur*“ oder „*actionem arbitrariam dabo*“ u. dgl. kann hienach im Edicte nicht die Rede gewesen sein.

culejanischen Lehre, die man unbedenklich als die ehemals allein herrschende ansehen darf — durch Erfüllung *durante iudicio* von der Condemnation nicht mehr frei machen. Warum soll der Prätor ihm die Möglichkeit dazu dann eingeräumt haben, wenn er es an einem andern Orte zum Prozesse kommen liess? Etwa, weil derselbe die späterhin von den Sabinianern vertretene Ansicht „*omnia iudicia esse absolutoria*“ für die billigere hielt ⁹⁾? Dann bleibt die Frage, warum mit einer dieser Anschauung entsprechenden Clausel nicht auch die sämtlichen andern prätorischen Actionen begnadigt wurden, nicht z. B. die beiden *formulae in factum conceptae* bei Gai. IV. 46 und 47 ¹⁰⁾, zumal, da überall sonst der Ausschluss der Erfüllung *durante iudicio* für den Beklagten erhebliche Nachteile im Gefolge haben konnte, während bei unserer *actio* durch die Vorschrift, *ut utilitas illo loco soluendi salua sit promissori*, sein Interesse genügend gewahrt war, da ferner überall sonst eine sei es auch unmassgebliche Zahlungsaufforderung des Richters an den Beklagten dem Kläger nur erwünscht sein konnte, während sie hier seine berechtigten Interessen auf das Ernstlichste gefährdete. Denn man stelle sich die Verhältnisse praktisch vor. Man erwäge die Länge der Frist, die bei den mangelhaften und unregelmässigen Communicationsmitteln des Altertums zwischen der Zeit, wo der Gläu-

⁹⁾ Dies Motiv würde der Hypothese Bekkers (Aktionen, II. S. 141 unt.) über den Zweck der Arbitrarclauseln entsprechen: „Die Arbitrarclauseln . . . hatten den Zweck, das *iudicium* zum absolutorischen zu machen.“ Bekker glaubt, diese Clauseln seien ursprünglich in viel weiterem Umfange vorgekommen als späterhin, sie seien nämlich in manchen Formeln „verschliffen und endlich ganz abgestreift worden“. Dabei ist m. E. die zähe Selbsterhaltungskraft unterschätzt, die jeder einmal eingeführten Formel naturgemäss innewohnen musste (vgl. Lenel, Ursprung und Wirk. der Exceptionen, S. 58); auch wirft sich die Frage auf, warum jener Verschleifungsprocess sich, wenn überhaupt irgendwo, dann nicht auch allgemein vollzogen hat.

¹⁰⁾ Das *redditam non esse* der *formula depositi* war, so wenig wie das vorausgehende *deposuisse* auf die Zeit *post litem contestatam* berechnet.

biger Zahlung etwa in Ephesus erwarten durfte, und der Klageerhebung z. B. in Rom liegen musste; man rechne die Dauer des Processes und die der Frist, die dem Beklagten beim *iussus de soluendo* zu setzen gewesen wäre, hinzu; man bedenke, dass Stipulationen mit bestimmtem Erfüllungsorte fast ausschliesslich im Handels- und Reiseverkehr vorgekommen sein werden, und frage sich nun, was für den Kaufmann oder Reisenden die Zumutung bedeutet hätte, sich vielleicht nach langen Monaten die nun längst zwecklos gewordene Zahlung am bestimmten Erfüllungsorte gefallen zu lassen, und wohl-gemerkt, sie annehmen zu müssen, ohne, jedenfalls nach älterem Rechte, darauf rechnen zu können, weil ohne Aussicht, bei Nichtzahlung entsprechenden Schadenersatz zu erhalten! Wahrlich, der *iussus de soluendo* bei der *actio de eo q. c. l.* wäre die organisierte Chicane gewesen.

Muss hienach die Möglichkeit eines *iussus de soluendo* auf das Entschiedenste bestritten werden, so hat der von Zimmer n¹¹⁾ geäusserte Gedanke, dass der Judex bei unserer *actio* ausser der Zahlung auch noch anderweite ihm „genügend scheinende Befriedigung des Klägers“ habe zulassen können, noch viel weniger für sich. Zimmer n ist zu dieser Aufstellung durch die Entscheidung des fr. 4 § 1 h. t. verführt worden, deren wahre Bedeutung ich oben nachgewiesen habe. Welche Art von „Befriedigung“ (ausser dem Fall des fr. 4 § 1) er sich dabei als möglicher Weise „genügend“ vorstellt, hat er nicht ausgesprochen. Sollte er dem Judex etwa die Befugniss haben zuschreiben wollen, dem Beklagten statt der verabredeten Leistung am verabredeten Orte nach Befinden auch eine andere Leistung oder Leistung an einem andern Orte zu gestatten und resp. aufzuerlegen? Danach hätten also, wenn z. B. 100 Eimer Wein nach Ephesus zu liefern waren, der Richter aber nach seiner subjectiven Ansicht über

¹¹⁾ Gesch. des röm. Privatr. III. S. 209. Zimmer n setzt demgemäss in die Formel ein *neque eo nomine satisfactum erit.*

die Handelsconjuncturen im Allgemeinen und die Handelsverbindungen der Parteien im Besondern der Meinung war, dass die Lieferung der 100 Eimer in Rom dem Kläger ebenso nützlich und dem Beklagten nicht lästiger sein werde, die Parteien sich die entsprechende Veränderung der ursprünglichen Obligation gefallen lassen müssen. Kein Zweifel: solche Willkür ist im römischen Recht unerhört und undenkbar.

Wir sehen: wie wir uns auch die Vorschrift über den richterlichen *iussus* formulirt vorstellen, jedes Mal stossen wir auf die gewichtigsten Bedenken, noch verstärkt dadurch, dass abgesehen von § 31 J. de act., in den Quellenberichten über die *actio de eo q. c. l.* nichts von einem *iussus* zu entdecken ist. Vielmehr spricht fr. 4 § 1 cit. sogar entschieden gegen die Annahme eines *iussus*. Fasst man den Satzsatz dieser Stelle (*in summa aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex*) ins Auge, so kann man nicht zweifeln, dass wir in der Auferlegung oder vielmehr Gestattung der Cautionsstellung nicht die concrete Aeusserung einer richterlichen Pflicht zur Erlassung eines *iussus*, sondern vielmehr lediglich die Anwendung des allgemeinen Princip *„aequitatem ante oculos habere debet“* zu erblicken haben; und würde, wenn der Judex das Recht gehabt hätte, dem Beklagten die Erfüllung binnen bestimmter Frist bei Vermeiden der Condemnation aufzugeben, er sich da wohl — selbst bei chicanöser Klage — damit haben begnügen dürfen, von ihm Caution für die Erfüllung zu erfordern, ein Verfahren, wodurch doch unter allen Umständen die Möglichkeit eines neuen Processes eröffnet wurde?

II.

War der *actio de eo q. c. l.* ein Vorbescheid, wie ihn die herrschende Meinung annimmt, fremd, so fragt sich, welcher andern Eigenschaft dieselbe ihre Charakterisirung als *actio arbitraria* verdankt. Diese Frage wird sich von selbst beantworten, wenn es uns gelingt, aus den vorhandenen Spuren

die Formel dieser *actio* zu rekonstruieren. An Reconstructionsversuchen nun hat es hier so wenig als anderwärts gemangelt; leider aber sind die erzielten Resultate, wie ich dies im Folgenden nachzuweisen Gelegenheit haben werde, keineswegs befriedigend. Namentlich ist die neueste gründliche Schrift über unsere *actio*, die von Cohn, worin zur Aufhellung so manchen dunkeln Punktes das nach Lage der Quellen Mögliche geleistet ist, gerade in ihrem von der Formel handelnden Abschnitt eher geeignet, die herrschende Verwirrung zu vergrößern als sie zu heben. Bei dem folgenden neuen Versuche werde ich, da nach dem unter I. gewonnenen Resultate von einer Restitutions-, Solutions- oder Satisfactionsclausel hier keine Rede ist, nur die Fassung der *intentio* und *condemnatio* zu untersuchen haben. Dabei werde ich der Kürze halber den Fall zu Grunde legen, wo unsere *actio* die Stelle der *condictio certi* vertritt. Sehr wahrscheinlich war im Edict nur dieser Fall berücksichtigt; dafür spricht die Titelrubrik „*de eo quod certo loco dari oportet*“, die entschieden vorwiegende, ja fast alleinige Berücksichtigung der *obligatio certi* in den Commentaren der Juristen, der Bericht des Gaius (fr. 1 h. t.) und Ulpian (fr. 2 § 1 h. t.) über den Ursprung und Zweck unserer *actio*, wo beide Mal in Uebereinstimmung mit der Rubrik nur die *stipulatio* auf *dari* erwähnt wird. Sei dem wie ihm wolle: jedenfalls wird, falls es gelingt, die Formel für den Fall der *obligatio certi* zu rekonstruieren, deren Wiederherstellung auch für den Fall der *obligatio incerti* keine Schwierigkeit haben ¹²⁾.

1. Die *intentio*.

Bis vor Kurzem nahm man sehr allgemein an, die *intentio* der *actio de eo q. c. l.* sei *in ius* concipirt gewesen und habe sich von derjenigen der *condictio* nur durch den Zusatz

¹²⁾ Bekanntlich ist es übrigens bestritten, ob auch die *condictio incerti* durch unsere *actio* vertreten werden konnte. Ich halte die bejahende Ansicht für richtig. Vgl. über diese Frage Cohn, S. 70 fgg.

des Erfüllungsortes unterschieden, also statt „*si paret N. Negidium A. Agerio X dare oportere*“ gelautet: *s. p. N^m N^m A^o X Ephesi dare oportere*. Trotzdem nun diese Ansicht von Cohn neuerdings sehr energisch bekämpft und der Versuch gemacht worden ist, eine *intentio in factum concepta* als quellenmässig allein möglich-nachzuweisen¹³⁾, halte ich dieselbe nach wie vor für unzweifelhaft richtig.

Unbedenklich wird man Cohn zugeben dürfen, dass die vieldeutige Bezeichnung der Klage als *actio utilis* (in fr. 1 h. t.) keinen Anhaltspunkt für die Reconstruction der Formel gewährt. Ebenso hat der genannte Schriftsteller Recht, wenn er dem Zeugnis des Theophilus¹⁴⁾, welcher die *intentio*

εἰ φαίνεται τὸν ἀντιδικὸν χρῆναι δοῦναι ὅ' νομίσματα ἐν Ἐφέσῳ

überliefert, kein Gewicht gegen seine und für die herrschende Ansicht beigemessen wissen will; denn dass Theophilus in seinen Formeln kein zuverlässiger Zeuge für den classischen Process ist, ergibt sich daraus, dass er für die alternative Stipulation die sonst nirgend belegte *intentio* „*εἰ φαίνεται τὸν ἀντιδικὸν χρῆναι δοῦναι Στίχον ἢ ἰ' νομίσματα*“ aufstellt, während Ulpian in fr. 75 § 8 i. f. de V. O. diesen Fall ausdrücklich in das Gebiet des *incertum* verweist¹⁵⁾. Allein für die *intentio in ius concepta* sprechen noch andere Gründe, welche von Cohn teils übersehen, teils nicht gehörig gewürdigt worden sind.

¹³⁾ Die einzigen Schriftsteller, die schon vor Cohn die Möglichkeit (nicht: Notwendigkeit) einer *intentio in factum concepta* in Betracht zogen, sind: Savigny, System V. S. 132 n. o, und Bekker, Aktionen II. S. 133 n. 8.

¹⁴⁾ Ad § 33 J. (4. 6) ed. Reitz p. 827.

¹⁵⁾ Uebrigens folgt aus fr. 75 § 8 cit. keineswegs, dass es nicht Juristen gegeben haben könne, welche eine auf „*s. p. decem aut hominem Stichum dari oportere*“ gestellte *intentio* für zulässig hielten. Ulpians *non immerito quaeritur* spielt auf eine Controverse an, von der wir freilich nicht wissen, ob sie sich auch auf den uns allein interessirenden Fall der Theophilinischen Formel (Wahlrecht des Schuldners) erstreckte.

Lenel, Beiträge zur Kunde des prätorischen Edicts.

Fürs Erste: müsste der Prätor, der unsere *arbitraria* schuf, nicht ein höchst unpraktischer Kopf gewesen sein, wenn er, da er doch seine Absicht mittels der gewöhnlichen *intentio* der *condictio* offensichtlich auf das Vollkommenste erreichen konnte, statt dessen die stets mangelhafte *in factum conceptio* wählte? Diese letztere Art der Formulirung hat Sinn da, wo der Prätor eine neue dem Civilrecht unbekannte Obligation durch Gewährung der *actio* erst schaffen will; aber warum er hier, wo er für eine civile Obligation lediglich ein neues Rechtsmittel einführte, den gegebenen Boden des *dari oportere* hätte verlassen sollen, ist schlechterdings nicht abzusehen. Sodann: das Edict selbst war, wenn ich so sagen darf, *in ius concipirt*. Das wird bewiesen durch die ohne Zweifel dem Edict entnommene Rubrik unseres Titels: *de eo quod certo loco dari oportet*. Wenn nun der Prätor *actio* versprach *de eo quod certo loco dari oportet*, so würde es allem sonst Bekannten zuwiderlaufen, wenn man annehmen wollte, er habe das edictale *dari oportere* ohne irgend ersichtlichen Grund in der Formel in Facten umgewandelt. Endlich wird in mehreren Stellen das *agere* mit der *arbitraria* als *agere adiecto loco* gekennzeichnet, und da mit Bezug hierauf die *intentio* der *condictio* der *arbitraria* als *pura* gegenübergestellt wird, so ergibt sich daraus nicht nur, was Cohn anerkennt, dass eine *adiectio loci* in der *Intentio* stattfand, sondern auch, was Cohn bestreitet, dass die Differenz der Intentionen eben nur in der *adiectio loci* bestand; denn von einem Zusatz zur *Intentio* kann man doch offenbar nur reden, wenn dieselbe im Uebrigen unverändert geblieben ist, — ich verweise hier auf die sprechende Analogie des *agere adiecta causa* in fr. 1 § 2 de R. V. und fr. 11 § 2 de exc. rei iud. (44. 2). Die hieher gehörigen Stellen sind:

§ 33 J. de action.:

Loco plus petitur, ueluti quum quis id, quod certo loco sibi stipulatus est, alio loco petit sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipulatus fuerit,

uerbi gratia, si is, qui ita stipulatus fuerit „Ephesi dari spondes?“ , Romae pure intendat sibi dari oportere. Ideo autem plus petere intelligitur, quia utilitatem, quam habuit promissor, si Ephesi solueret, adimit ei pura intentione: propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur, in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quae promissori competitura fuisset, si illo loco solueret. — Si quis tamen Ephesi petat, id est eo loco quo, ut sibi detur, stipulatus est, pura actione recte agit.

Gai. IV. 53^a, wo (arg. § 33 J. cit.) der Ausdruck *pura intentio* oder *actio* erläutert wird:

id est non adiecto loco,

und fr. 2 § 3 h. t., uerb.:

quare putat posse ab eo peti altero loco et sine loci adiectione.

Was hat nun Cohn diesen Beweisgründen entgegenzustellen? „Für die factische Conception will ich mich nicht berufen auf die Nachbarschaft der gleichfalls factisch concipirten Constitutsklage, auch nicht auf die prätorische Herkunft der arbitratischen mit Berufung auf den Umstand, dass der Prätor mit Vorliebe *in factum* concipirte.“ Beides gewiss mit allem Recht. Denn wollte man das prätorische Edict nach dem Princip zu reconstruiren versuchen, dass die Conception der Klagen sich nach ihrer Nachbarschaft richte, so dürfte man zu den allerbedenklichsten Consequenzen gelangen; und die Unterstellung, dass der Prätor mit Vorliebe *in factum* concipirte, ist nicht richtig: der Prätor concipirte *in factum*, wo er musste; wo er es vermeiden konnte, suchte er „mit Vorliebe“ die möglichst nahe Anlehnung an das Civilrecht, — das beweisen die zahlreichen prätorischen Formeln mit blosser Substituierung anderer Condemnationssubjecte und die nicht minder zahlreichen mit F'ictionen. Entscheidend soll nun aber nach Cohn für die factische Conception fr. 2 § 7 h. t. (Ulpian) sprechen:

Idem Iulianus tractat, an is qui Ephesi sibi aut Titio dari stipulatus est, si alibi Titio soluatur, nihilominus possit intendere, sibi dari oportere. et Iulianus scribit, liberationem non contigisse: atque ideo posse peti, quod interest. Marcellus autem et alias tractat et apud Iulianum notat, posse dici: et, si mihi alibi soluatur, liberationem contigisse, quamvis inuitus accipere non cogar: plane, si non contigit liberatio, dicendum ait, superesse petitionem integrae summae, quemadmodum si quis insulam alibi fecisset, quam ubi promiserat, in nihilum liberaretur. Sed mihi uidetur summae solutio distare a fabrica insulae: et ideo, quod interest, solum petendum.

Wie Cohn diese Stelle für eine Stütze seiner Meinung ansehen kann, ist schwer begreiflich, doppelt schwer desswegen, weil er sie, von dem einen uns hier interessirenden Punkte abgesehen, vollkommen richtig interpretirt. Meines Erachtens ist sie umgekehrt eine entscheidende Waffe gegen ihn und für die herrschende Meinung. Der Jurist behandelt folgenden Fall. Es hatte Jemand stipulirt, dass ihm selbst oder dem Titius zu Ephesus eine bestimmte Summe ausgezahlt werden solle, wodurch bekanntlich Titius in das Rechtsverhältniss eines *solutionis causa adiectus* trat. An einen solchen nun kann zwar wirksam Zahlung geleistet werden, aber nur genau in Gemässheit der Stipulation; insbesondere hat der *solutionis causa adiectus* keineswegs die Macht, bei Entgegennahme der Zahlung nach seinem Belieben von den Bestimmungen abzuweichen, welche der Gläubiger selbst über Ort oder Zeit der Zahlung getroffen hat. So ist z. B. in fr. 141 § 6 de V. O. entschieden, dass eine Stipulation „*mihi kalendis Februariis, Titio kalendis Januariis dare*“ dem Sinn nach identisch sei mit der andern „*si Titio kalendis Januariis non dederis, mihi kalendis Februariis dare*“: mit dem Ablauf des Zahlungstermins ist die Vollmacht des Titius erloschen. In unserm Falle war an den *adiectus* im Widerspruch mit der Stipulation ausserhalb Ephesus gezahlt und an Julian die Frage gerichtet

worden, ob der Gläubiger demungeachtet noch auf *dari oportere* intendiren könne. Julian erwidert: *liberationem non contigisse atque ideo posse peti, quod interest*. Mit der Klage auf das Interesse, von der hier die Rede ist, kann nun augenscheinlich einzig die *actio de eo q. c. l.* gemeint sein; denn ausser ihr könnte als *in concreto* möglicher Weise zuständig nur noch die *condictio certae pecuniae* in Betracht kommen; diese aber geht nicht auf das Interesse, sondern hat wie eine *intentio* so auch eine *condemnatio certae pecuniae*. Folglich: da die Zuständigkeit der *actio de eo q. c. l.* darauf gegründet wird (*ideo posse peti*), dass *liberatio non contigit*, d. h. dass das civile *dari oportere* wegen der Vertragswidrigkeit der geschehenen Zahlung fortdauert, so muss dies *dari oportere* intentionsmässige Voraussetzung unserer *actio* gewesen sein, diese eine *intentio in ius concepta* besessen haben. Warum aber lässt Julian, da doch die *intentio* „*si paret dari oportere*“ fortdauernd zutrifft, nur unsere *actio* und nicht auch die *condictio* selber zu? An dieser anscheinenden Inconsequenz nahm schon Marcellus Anstoss. Dieser machte zu der Entscheidung Julians zwei Anmerkungen, eine ergänzende und eine tadelnde. Die erstere (was Julian vom *adiectus* sage, gelte nicht auch vom Gläubiger selbst, — an diesen könne mit seiner Zustimmung wirksam auch anderwärts gezahlt werden) kann hier ausser Betracht bleiben. Die zweite bezieht sich auf obige Frage und Marcellus meint, consequenter Weise könne die *condictio (petitio integrae summae)* hier so wenig verweigert werden, als die Klage auf den stipulirten Bau eines Hauses in Wegfall komme, wenn der Promissor das Haus anderwärts als am verabredeten Orte errichte. Aber mit Recht nimmt Ulpian die Entscheidung Julians gegen Marcellus durch den Hinweis auf den Unterschied zwischen „*summae solutio*“ und „*fabrica insulae*“ in Schutz ¹⁶⁾.

¹⁶⁾ Dieser Unterschied besteht in Folgendem. Ein Haus in Rom kann niemals den Zweck erfüllen, zu welchem der Gläubiger den Hausbau in

Dies der klare Inhalt der Stelle, die sonach für sich allein genügen würde, um zu beweisen, dass die Intentionen der *condictio* und der *actio de eo q. c. l.* bis auf die *adiectio loci* vollkommen identisch waren. Wenn Cohn dies verkennt, so ist daran ein Missverständniss der Worte „*liberationem non contigisse*“ schuld. Er bezieht nämlich diese Bemerkung Julians nicht auf das *civile dari oportere* — dieses ist nach seiner Ansicht durch die sei es auch stipulationswidrige Zahlung an den *adiectus* wirklich getilgt (a. a. O. S. 132 unt.) —, sondern, wie es scheint, auf die der *actio de eo q. c. l.* selber entsprechende Interessgeforderung, wornach dem Julian der Schluss zugetraut werden müsste: „die Interessgeforderung ist nicht getilgt und darum — kann sie noch geltend gemacht werden.“ Wie mit dieser Interpretation die Tatsache vereinbar ist, dass Marcellus aus der Prämisse Julians „*si non contigit liberatio*“ die Zuständigkeit der *condictio* folgern zu müssen glaubt, darüber hat sich Cohn des Weitern nicht ausgelassen.

2. Die *condemnatio*.

Die Zahl der Versuche, die *condemnatio* unserer *actio* zu reconstruiren, ist Legion, und fast Jeder kommt zu einem andern Ergebniss. Das Folgende ist nur eine kleine Blumenlese.

Heffter (obs. ad. Gaium p. 83):

quanti ea res esset, si Capuae daretur, tanti iudex c.

s. n. p. a.

Zimmern (röm. Civilprocess S. 210),

Ephesus stipulirt hat. Dagegen kann durch die ausserhalb Ephesus geschehene Zahlung der Zweck der Stipulation „*Ephesi decem dari oportere*“ sehr wohl ganz oder teilweise erfüllt sein, und der Gläubiger würde *dolos* handeln, wenn er den Wert, den die anderwärts an den *adiectus* geschehene Zahlung wirklich für ihn hatte, dem Schuldner nicht abzuziehen gestatten wollte: darum steht der *condictio integrae summae* die *exceptio doli* entgegen und muss der Gläubiger die *actio de eo qu. c. l.* wählen, bei welcher es dem *Judex* möglich ist, die concrete Bedeutung der vorgefallenen Vertragswidrigkeit nach seinem Ermessen abzuschätzen.

ebenso Voigt (ius naturale III. S. 919):

quanti ea res erit, i. c. s. n. p. a.

Unterholzner (Schuldverhältnisse I. S. 355):

(s. p. N^m N^m A° A° X Ephesi dare oportere), iudex,
N^m N^m A° A° X condemnato uel quanti plus minusue ar-
bitratus fuerit quod alterutrius intersit suo loco potius
quam Romae solui.

Rudorff (edict. § 96):

*quanti arbitrato tuo alterutrius interfuerit eam pecu-
niam Ephesi potius quam Romae dari, tantam pecu-
niam etc.*

Cohn (S. 149) endlich schliesst sich der Zimmern-Voigt-
schen Fassung an, hält aber auch ein „*quanti ea res erit
arbitratu tuo*“ nicht für undenkbar.

Keiner unter allen diesen Versuchen kann meines Er-
achtens vor der Kritik bestehen.

Zunächst fällt Unterholzners und Rudorffs Recon-
struction vor der einfachen Erwägung in sich.zusammen, dass
die Formel eine ausdrückliche Anweisung an den *iudex* zur
Berücksichtigung des beiderseitigen Interesse zweifellos
nicht enthalten hat. Da der Prätor, als er unsere *actio* ein-
führte, wie schon oben bemerkt, nur den Gedanken hatte, den
Beklagten vor Schaden zu hüten, — cf. § 33 J. de act.,
fr. 2 § 8 h. t. —, so ist eine auf „*quanti alterutrius interest
oder interfuit*“ gestellte Formel unbedingt ausgeschlossen.
Die genannten Schriftsteller haben sich durch c. un. h. t.
(3. 18) irre führen lassen:

*qui certo loco se soluturum pecuniam obligat, si solu-
tioni satis non fecerit, arbitraria actione et in alio loco
potest conueniri, in qua uenit aestimatio, quod alterutrius
interfuit, suo loco potius quam. in eo, in quo petitur, solui.*

Eine Stelle, die nicht Formelworte, sondern juristische *inter-
pretatio* enthält.

Ebenso unglücklich ist Heffters Hypothese „*quanti ea
res esset, si Capuae daretur*“. Die Fiction „*si Capuae daretur*“

ist ohne allen Sinn. Der Richter soll die Höhe des Interesse bemessen, welches eine oder die andere Partei wirklich daran hat, dass in Capua geleistet werde; es ist das eine reale Grösse, nicht eine solche, zu deren Vorstellung man erst durch Fictionen gelangt. Die factische Lage würde sich ändern, wenn in Capua geleistet würde, das juristische Urteil über „*quanti ea res est*“ nicht im Mindesten.

Nicht weniger muss ich die Möglichkeit eines *quanti arbitrato tuo interfuerit* und eines *quanti ea res erit arbitrato tuo* bestreiten. Die Worte *arbitrato tuo* sind nur da am Platz, wo das richterliche Ermessen Spielraum hat, wo es als massgebendes Moment auftritt. So ist z. B. ein *restituere, exhibere, utifrui, transigere arbitrato alicuius* ein gesunder Gedanke, weil der *modus restituendi, exhibendi, utendi fruendi, transigendi* wirklich durch das *arbitrium* Jemandes bestimmt werden kann. Man vergleiche über solche und ähnliche Wendungen z. B. fr. 8 § 16 de transact. (2. 15), fr. 10 § 1, fr. 14 § 11 quod met. causa (4. 2), fr. 44 de recept. (4. 8), fr. 13 § 2 de usuf. (7. 1), fr. 1 § 3 usufr. quemadm. (7. 9), fr. 35 mand. (17. 1), fr. 57 de contr. emt. (18. 1), fr. 43 de V. O. (45. 1), fr. 68 de V. S. (50. 16). Dagegen gilt von den Worten *quanti ea res erit, quanti intersit* u. dgl. dasselbe, was Paulus in fr. 37 de V. S. von dem Ausdruck *oportere* sagt: *non ad facultatem iudicis pertinent, sed ad ueritatem referuntur*. Das richterliche Ermessen kann von dem Prätor zur Norm gemacht werden für Handlungen (die der *iudex* selbst oder ein Anderer vornehmen soll); die Höhe des Sachwerts aber wie der Belauf des Interesse sind, gerade wie die Höhe eines Bergs oder der Inhalt eines Beutels, objectiv feststehende Tatsachen, die dem Einfluss des richterlichen Ermessens ganz unzugänglich sind. Freilich, die Schätzung des Interesse findet bei unserer *actio* nach *arbitrium iudicis* statt, und das wird die Formel auch zum Ausdruck gebracht haben, aber sicherlich nicht in jener unmöglichen Form.

Sonach bliebe nur noch die Frage, ob nicht die *condem-*

natio auf ein einfaches *quanti ea res est* oder *erit* oder ein *quanti interest*, *intererit* oder *interfuerit* gestellt gewesen sein könnte. Auch dies aber glaube ich entschieden verneinen zu dürfen. Zunächst fordert ein *quanti interest* unbedingt die Beifügung der Person, deren Interesse den Gegenstand der Condemnation bilden soll. Nun ist ein *quanti alterutrius interest*, wie gezeigt, aus historischen Gründen undenkbar; ebenso undenkbar aber ist ein *quanti rei* oder *actoris interest*, weil auf diese Weise jede Möglichkeit der Beachtung des Interesse des nicht genannten Teils und mithin die mehrerwähnte historische Entwicklung ausgeschlossen gewesen wäre. Gegen ein *quanti ea res erit* aber — darauf, dass die Clausel in den Quellen mit Bezug auf unsere *actio* nicht vorkommt, lege ich keinen Wert — dürfte entscheidend Folgendes sprechen. Als der Prätor die Aestimationsclausel der *actio de eo q. c. l.* formulirte, hat ihn nach dem Obigen die Rücksicht auf das Interesse des Beklagten geleitet. Ist es nun irgend wahrscheinlich, dass er demungeachtet die Clausel *quanti ea res erit* gewählt haben sollte, eine Clausel, welche die *iudices* seit Jahrhunderten entweder auf den Sachwert oder das Interesse des Klägers zu deuten gewohnt waren? Eine Deutung des *quanti ea res erit* auf das Interesse des Beklagten geht überdies kaum an. Wie nämlich diese Worte, auf den Sachwert oder das klägerische Interesse gedeutet, hinter der *intentio* „*S. p. X Ephesi dari oportere*“ besagen würden: „was es für Jedermann, beziehungsweise für den Kläger wert ist, 10000 Sesterze in Ephesus gezahlt zu erhalten“, so würden sie, auf das Interesse des Beklagten bezogen, nur bedeuten können: „was es für den Beklagten wert ist, 10000 Sesterze in Ephesus zahlen zu müssen“, d. h. sie würden den Vermögensschaden bezeichnen, den der Beklagte durch Zahlung dieser Summe in Ephesus erleiden würde. Dieser Vermögensschade kann nun selbstverständlich je nach den Verhältnissen sehr viel grösser als 10000 sein, ohne dass in solchem Falle notwendig eine entsprechende Steigerung des klägerischen Interesse vorhanden

zu sein brauchte, — dem Beklagten kann die Aufbringung von 10000 in Ephesus 20000 kosten und dennoch für den Kläger die ohne Kosten zu bewirkende Zahlung in Rom vorteilhafter sein. Sollte in solchem Falle der *iudex* auf 20000 verurteilen? oder will man behaupten, der Prätor habe erwarten können, dass ein *iudex* die Worte „*quanti ea res erit, tantam pecuniam condemna*“ dahin verstehen werde: „verurteile den Beklagten auf 10000 oder, falls ihn die Zahlung in Ephesus billiger zu stehen käme als die in Rom, auf diejenige Summe, welche von ihm in Rom mit denselben Opfern aufgebracht werden kann wie 10000 in Ephesus“? Das wäre wahrlich kühne Interpretation ¹⁷⁾!

Diese Gründe genügen wohl schon, um jeden Gedanken an ein *quanti ea res erit* abzuweisen. Es bleibt aber noch ein letzter gewichtiger Grund gegen diese Fassung zu erwägen, ein Grund, der uns zugleich die Elemente der richtigen Formulierung an die Hand gibt: es kann keinem Zweifel unterliegen, dass unsere Formel den Richter anwies, die *lis* nach seinem *arbitrium* zu ästimiren. Das geht meines Erachtens aus fr. 3 und 8 h. t. zur Evidenz hervor.

fr. 3 (Gaius):

Ideo in arbitrium iudicis refertur haec actio, quia scimus quam uaria sint pretia rerum per singulas ciuitates

¹⁷⁾ Beiläufig sei hier noch auf die Schiefheit des Unterholzner-Rudorff'schen „*quanti interest eam pecuniam Ephesi potius quam Romae dari*“ aufmerksam gemacht. Wenn Jemand, um 10000 in London zahlen zu können, 10100 hergeben muss, während er 10000 in Leipzig al pari auftreiben kann, so beträgt sein Interesse „*eam pecuniam Lipsiae potius quam Londini dari*“ genau 100, und darauf hätte ihn der Unterholzner-Rudorff'sche *Judex* verurteilen müssen! Freilich ist diese ungenaue Ausdrucksweise schon bei African. in fr. 8 h. t. zu finden; aber, wo die Quellen präziser sprechen, da sagen sie nur, jenes Interesse (die Cursdifferenz) solle bei der *aestimatio* in Rechnung gezogen werden, nicht aber, dass es den Gegenstand der *Condemnation* bilde. § 33 J. de act. fr. 2 § 8 h. t. c. un. h. t.

regionesque, maxime uini, olei, frumenti; pecuniarum quoque licet uideatur una et eadem potestas ubique esse, tamen aliis locis facilius et leuibus usuris inueniuntur, aliis difficilius et grauibus usuris.

Und in fr. 8 (Africanus) wird das Wesen unserer *actio* darein gesetzt, dass hier

circa (obligationis) exsecutionem aestimationis ratio arbitrio iudicis committitur.

Niemals hätten die Juristen so schreiben können, wenn die Aestimationsclausel hier genau so gelautet hätte wie bei den meisten andern Actionen auch und gestellt gewesen wäre nicht auf das *arbitrium iudicis*, sondern auf die *ueritas rei*. Und es liegt ja auch so ausserordentlich nahe, dass und warum der Prätor jede objective Formulirung der Clausel hier vermeiden musste. Der Normalfall der *actio de eo q. c. l.* war die Geldstipulation. Das beweist der Commentar Ulpian's, der durchweg diesen Fall behandelt, und besonders fr. 2 § 1 h. t.:

haec autem actio ex illa stipulatione uenit, ubi stipulatus sum a te Ephesi decem dari.

Nun würden wir Modernen freilich, die wir täglich die Wechselcourse in der Zeitung lesen, an einer Formel „s. p. decem Ephesi dari oportere, quanti ea res erit etc.“ nichts Auffälliges finden. Aber man versetze sich doch einmal auf den römischen Standpunkt. Etwas dem heutigen Wechselkurs Aehnliches hat es im alten Rom bei der Geringfügigkeit des Handels mit Forderungen niemals gegeben. In Folge davon fehlte damals jede Möglichkeit, den Sachwert, den eine z. B. in Alexandria zahlbare Geldsumme in Rom repräsentirte, festzustellen. Dies geht sehr deutlich aus den Erwägungen hervor, durch welche wir in fr. 3 h. t. und § 33 J. de act. die Notwendigkeit der freien *aestimatio* bei unserer *actio* begründet finden: lediglich die örtliche Verschiedenheit der Waarenpreise und des Zinsfusses wird da hervorgehoben; davon, dass man den Wert der in Ephesus versprochenen Zahlung nach dem Preis

berechnen könne, der in Rom für Stipulationen auf Ephesus gegeben werde, ist gar nicht die Rede; gewiss war eben eine solche Berechnung praktisch nicht möglich. Schwerlich würde auch Gaius sein *pecuniarum uidetur una et eadem potestas ubique esse*¹⁸⁾ gerade hier angebracht haben, wenn er an die Möglichkeit eines Wechselcurses auch nur gedacht hätte. Nun ist aber ohne Zuhilfenahme des Wechselcurses eine objectiv genaue Bestimmung auch des Ortsinteresse, insbesondere desjenigen des Schuldners, gar nicht möglich. Setzen wir den Fall: Jemand ist in Alexandria Geld schuldig und soll in Rom unter Berücksichtigung des Ortsinteresse verurteilt werden. Die Frage, welche hier dem Richter vorliegt, ist die: was würde es den Betreffenden kosten, die Zahlung in Alexandria zu bewirken? Heutzutage würde ein Blick auf den Cours der Wechsel auf Alexandria die sichere Grundlage der Entscheidung liefern. In Rom wird der Beklagte sein Ortsinteresse auf andere Weise darzutun versucht haben. Er wird sich etwa darauf berufen haben, dass er in Alexandria indische Waaren auf Lager habe, durch deren Verkauf er das Geld leicht hätte aufbringen können, oder dass der Zinsfuß in Alexandria 5 % betrage, während in Rom das Geld nur zu 6 % aufzutreiben sei, u. dgl. Sowie man versucht, aus solchen und ähnlichen Daten die Summe zu eruiren, auf welche der Beklagte in Rom verurteilt werden darf, wenn er durch die Zahlung ausserhalb Alexandria keinen Schaden leiden soll, wird man sogleich erkennen, dass das Material zur Lösung der Aufgabe nicht ausreicht. Am ehesten scheint die Schätzung noch zu gehen, wenn der Beklagte sich lediglich auf die Differenz des Zinsfußes beruft. Allein auch dann ist eine Berechnung des Ortsinteresse doch

¹⁸⁾ Was übrigens Gaius unter *potestas* versteht, ist nicht ganz klar. Vermutlich den Tauschwert. Diesen meint auch wohl Paulus in der bekannten Erläuterung des Zwecks des Geldes: *materia, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis (quantitas = Wert, s. Glück, XVI. S. 3 n. 5) subueniret.* Fr. 1 pr. de contr. empt.

nur unter der Voraussetzung möglich, dass der Beklagte zu einer Geldaufnahme durch die Verurteilung wirklich gezwungen wird, dass er ferner genau angeben kann, wie lange er das Geld schuldig bleiben müssen und mit welchen Opfern seiner Zeit die Abtragung für ihn verknüpft sein wird. Sollte, wenn eine dieser Voraussetzungen ermangelte, der Judex das zweifellos vorhandene Interesse schlechtweg ignoriren? Man sieht: es ging eben nicht an, dem Richter hier einfach die Ermittlung der *ueritas rei* zuzumuten; es blieb gar nichts übrig, als ihn bei der Abschätzung auf sein billiges Ermessen, sein *arbitrium* zu verweisen. Genau dasselbe aber, was bei der Geldstipulation galt, galt auch bei dem Umsatz der Waarenstipulation in Geld: hatte der Beklagte z. B. nachgewiesen, dass er die *loco* Alexandria lieferbaren Waaren daselbst um den Preis von 10000 hätte beschaffen können, so lag die Sache nun just so, als ob von vornherein 10000 *loco* Alexandria versprochen gewesen wären.

Es fragt sich hienach nur noch, in welcher Form der *iudex* angewiesen gewesen sein mag, von seinem *arbitrium* Gebrauch zu machen. Diese Form muss derart gewesen sein, dass sie ihm die Berücksichtigung der *utilitas promissoris* ermöglichte, ohne die der *utilitas actoris* — die Neuerung des *Labeo* (fr. 2 § 8 h. t.) — auszuschliessen. Man möchte zunächst an ein *quanti litem arbitrato tuo aestimaueris* denken. Allein es scheint mir, obwohl die principale Bedeutung des *arbitrium iudicis* sicher in seiner Beziehung zur *litis aestimatio* lag, doch nicht wohl anzugehen, den Worten in der Formel eine Stelle zu geben, in welcher diese Beziehung als die ausschliessliche auftritt. Dagegen spricht sowohl das allgemeine „in *arbitrium iudicis* refertur haec actio (nicht *aestimatio*)“ des *Gaius* in fr. 3 h. t., als auch die besondere Folgerung, welche in dem früher besprochenen fr. 4 § 1 h. t. aus dem arbitrarischem Charakter der Klage gezogen wird und bei der obigen Fassung nicht wohl hätte gezogen werden können: die Folgerung auf die Zulässigkeit der Absolution gegen

Caution. Auch fehlt es für diese Fassung an jeder Analogie in andern Formeln. Es ist mir daher kaum zweifelhaft, dass wir das Vorbild unserer *condemnatio* in derjenigen der *actiones incerti* — „*eius, iudex, condemnato*“ — zu suchen haben. Dies „*eius, iudex, condemnato*“ bedeutet, wie ich in der Beilage nachweise, nicht, wie es gewöhnlich verstanden wird: „darauf, *iudex*, verurteile“, sondern vielmehr: „deshalb wegen verurteile“. Es lässt also den Gegenstand der Condemnation völlig unbestimmt; gerade diese Unbestimmtheit aber war das natürlichste Mittel, dem *iudex* in der Abschätzung freie Hand zu schaffen, und sie erklärt es vollkommen, dass die *iudices* ihre Directive ursprünglich allein in den Edictsworten „*ut utilitas illo loco soluendi salua sit promissori*“ suchten, bis Labeo die Weite der Formel dazu benutzte, auch dem klägerischen Interesse angemessene Geltung zu verschaffen. Nur in zwei Punkten werden wir von der gewöhnlichen *condemnatio* der *condictio incerti* abgehen müssen. Selbstverständlich muss das „*eius*“, welches ja nur bei vorausgegangenem „*quidquid d. f. oportet*“ an seinem Platze ist, hinter dem „*s. p. decem dari oportere*“ ausfallen, und ferner werden wir bei der entschiedenen Betonung des Arbitrarcharakters der *actio* in den Quellen, insbesondere auf Grund von fr. 3 und 8 h. t. anzunehmen haben, dass der Prätor hier noch die Worte *arbitratu* oder *arbitrio tuo* in die Condemnation einschob, so dass also dieselbe lautete:

*IUDEX, ARBITRATU TUO N^m N^m A^o A^o CON-
DEMNATO.*

Warum gerade in unserer Formel der Zusatz *arbitratu tuo* nötig befunden wurde, da doch durch das an sich unbestimmte *condemnato* schon ohnedies dem richterlichen Ermessen Tür und Tor geöffnet war und demgemäss selbst bei den *bonae fidei iudicia* von einem weiteren Beisatz abgesehen wurde, ist leicht erklärlich. Der Richter, dem befohlen ist zu condemniren wegen „*quidquid dare facere oportet ex fide bona*“, braucht keiner weitem Andeutung darüber, dass sein *officium* hier ein

freies sein solle. Wenn dagegen ein *Judex* ohne nähere Erklärung angewiesen wurde zu condemniren, falls er finde *decem Ephesi dari oportere*, so lag die Gefahr nahe, dass er sich nicht getraute, nach seinem Ermessen auch auf eine andere Summe zu condemniren, und daher die besondere Clausel *arbitratu tuo*. Und auch bei der *condictio incerti* waren dem *officium iudicis* von der Jurisprudenz so enge Schranken gezogen worden, dass man, insofern die *actio de eo q. c. l.* in Vertretung dieser gebraucht wurde, nicht umhin gekonnt haben wird, diese Schranken mittels eines ausdrücklichen *arbitratu tuo* zu entfernen.

III.

Unsere bisherige Untersuchung hat uns zu dem Ergebnisse geführt, dass die Formel der *actio de eo q. c. l.* kaum anders als folgendermassen reconstruirt werden kann:

*SI PARET, N. NEGIDIUM A. AGERIO EPHESI
DECEM DARE OPORTERE, IUDEX, ARBITRATU
TUO N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO,
S. N. P. A.*

Mit dieser Feststellung haben wir den Boden gewonnen, auf welchem wir zur Ermittlung des Wesens der *arbitrariae actiones* überhaupt fortschreiten können. Negativ wissen wir bereits, dass dieses Wesen in der Vorschrift eines Vorbescheids auf Naturalleistung nicht bestand. Ein positives Resultat werden wir erzielen, wenn es uns gelingt, durch Vergleichung unserer *actio* mit den übrigen *arbitrariae actiones* die gemeinsamen eigentümlichen Merkmale der ganzen Gattung aufzudecken. Dabei versteht sich von selbst, dass wir für den Zweck dieses Verfahrens der einen *actio arbitraria* genau so viel Wert beilegen müssen wie der andern; sich mit der unbequemen *actio de eo q. c. l.* durch die Behauptung abfinden, dass dieselbe eine Anomalie sei, — wie dies Savigny¹⁹⁾ und

¹⁹⁾ System, V. S. 132 fg.

Bethmann-Hollweg²⁰⁾ tun —, ist offenbar reine Willkür; und wenn der letztere Schriftsteller meint, diese Anomalie erkläre sich „sehr einfach daraus, dass der Prätor, wenn es die Befriedigung eines praktischen Bedürfnisses galt, sich an den Schulbegriff der *arbitraria actio* nicht gebunden erachtete“, so dürfte hiebei nicht bedacht sein, einmal, dass unsere *actio* ihre technische Bezeichnung schwerlich dem Prätor verdankt, und sodann, dass nicht abzusehen, welchem praktischen Bedürfniss dadurch gedient sein soll, dass man einer *actio* einen Namen gibt, der ihr nicht zukommt.

Als *actiones arbitrarie* können wir nun ausser der *actio de eo q. c. l.* mit Sicherheit noch folgende *actiones* bezeichnen: die *Publiciana*, *Seruiana*, *quasi Seruiana*, *quod metus causa*, *doli*, *ad exhibendum* — diese sind in § 31 J. de act. als Beispiele aufgezählt — und ferner die von Gaius IV. 141. 163 erwähnte *actio* mit arbitrarischer Formel, welche aus restitutorischem oder exhibitorischem Interdict erteilt wird, „*si arbitrum postulauerit is cum quo agitur*“. Dieser Katalog ist zwar wahrscheinlich nicht vollständig; denn der Aufzählung der Institutionenstelle ist ein „*et ceterae similes*“ angehängt, womit Justinian doch schwerlich bloss die restitutorischen und exhibitorischen Interdictsklagen gemeint haben wird. Allein da sich über die Namen dieser *ceterae similes* nur Vermutungen aufstellen lassen, so bleiben dieselben vorerst wohl am besten ganz ausser Betracht.

Wesentlich nun ist allen *actiones arbitrarie* unzweifelhaft: dass der *iudex* eine Entscheidung nach *aequitas* zu treffen hat. Dies ergibt sich nicht nur aus der Einzelbetrachtung der genannten Actionen, sondern ist auch in § 31 J. de act. ausdrücklich gesagt:

in his enim actionibus et ceteris similibus permittitur iudici ex bono et aequo aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

²⁰⁾ Civilprocess, II. S. 290 fg.

Aber die blosse Tatsache der Herrschaft der *aequitas* kann die Eigentümlichkeit dieser Actionen nicht ausmachen, — die *aequitas* beherrscht auch noch andere Actionengattungen, die Niemand lediglich als Unterarten der *arbitrariae* ansehen wird —; jene Eigentümlichkeit wird daher liegen entweder in dem Umfang oder der Form dieser Herrschaft. In welchem von beiden oder ob in beiden, das muss aus der Vergleichung mit den andern Aequitätsactionen erhellen.

Unter den notorischen *actiones arbitrarie* befindet sich keine *bonae fidei actio*. Daraus folgt an sich noch nicht, dass eine *actio* nicht zugleich beiden Klassen angehören kann, und bekanntlich rechnet eine weit verbreitete Ansicht diejenigen *b. f. actiones*, hinter deren *condemnatio* ein *nisi restituat* eingeschaltet war, wie namentlich nach Gai. IV. 47 die *actio depositi*, in der Tat zu den *arbitrariae*. Indess steht diese Meinung auf sehr schwachen Füßen. Sie beruht auf der ganz ungegründeten Voraussetzung, dass alle Actionen, bei denen schon nach der Formel die Restitution *durante iudicio* absolutorische Wirkung hat, *arbitrarisch* seien. Damit stimmt nicht einmal § 31 J. de act.; denn nach dieser Stelle sind *arbitrarisch* nur diejenigen Actionen, *in quibus, nisi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, actori satisfaciatur, condemnari debeat*; begriffsnotwendig ist also, dass das *arbitrium iudicis* Gegenstand oder Art der Restitution zu bestimmen hat. Die Formel der *b. f. iudicia* aber räumt dem *iudex* durchaus keinen Einfluss auf die Bestimmung des Restitutionsobjectes ein; was zu restituiren ist, das bestimmt sich hier nach dem Umfange des *dare facere oportere ex fide bona*. Das Wort *oportere* aber, sagt Paulus in fr. 37 de V. S., *non ad facultatem iudicis pertinet, sed ad veritatem refertur*: der Gegenstand der Restitution steht hier schon *ipso iure* fest, *non pendet ex arbitrio iudicis*²¹⁾. Und

²¹⁾ Hiemit soll nicht bestritten sein, dass im Laufe der Entwicklung das *arbitrium iudicis* auch bei den *b. f. actiones* Einfluss auf den Inhalt der Restitution gewonnen hat; aber, wenn wir den Unterschied der Klagen-Lenel, Beiträge zur Kunde des prätorischen Edicts.

hiemit ist der durchgreifende Unterschied zwischen den *bonae fidei actiones* und allen sichern *actiones arbitrariae* aufgezeigt, der bis auf Weiteres unbedenklich als Unterschied zwischen den Klagen gattungen anzusehen ist: in den *b. f. Judiciis* kommt die *aequitas* nicht allein und ausschliesslich durch das *officium iudicis* zur Geltung, sondern sie herrscht schon vermöge der *intentio*, in den *arbitrariae* dagegen ist das *officium iudicis* ihr einziges Organ. Letzteres ergibt ein Blick auf die verschiedenen Arbitrarformeln. Die meisten derselben sind *in factum* concipirt, und zwar ohne irgend welche *mentio bonae fidei* oder *aequitatis*. *In ius* concipirt sind unter den sichern Arbitrarformeln nur die *actio de eo q. c. l.* und fictionsweise auch die *Publiciana*; das *ius* aber, um das es sich handelt, ist dort streng civile Obligation, hier Eigentum, beide Mal also ein Rechtsverhältniss, dessen Inhalt nicht durch die *aequitas* bestimmt wird. Die *actio ad exhibendum* endlich hat richtiger Ansicht nach gar keine *intentio* ²²⁾. Man sieht: die *aequitas* kommt hier überall erst dadurch zur Geltung, dass der Richter in Action tritt, — durch den Restitutions- oder Exhibitionsbefehl, durch die Condemnation. Darum auch heissen diese

gattungen erfassen wollen, müssen wir uns auf den Standpunkt desjenigen stellen, der die Formel zuerst bildete, und dieser dachte gewiss noch nicht an die Möglichkeit der materiellen Veränderung der Obligation durch das *officium iudicis*, sondern war der Meinung, dass die materielle Schuld ihrem ganzen Umfange nach in dem *quidquid d. f. o. ex fide bona* enthalten sei; nur in der Aestimation sollte nach der ursprünglichen Intention der Formel der Richter freie Hand haben, — das klingt noch im Eingang des § 30 J. de act. nach: *in b. f. iudicis libera potestas permittitur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat*. Vgl. die Beilage a. E.

²²⁾ Ich kann mich in dieser Beziehung auf Demelius' Ausführungen berufen (Exhibitionspflicht, S. 11—36), gegen dessen Formelreconstruction ich im Uebrigen Bedenken habe, deren Darlegung mich hier zu weit führen würde. Hätte die *actio* übrigens eine *intentio* besessen, so könnte das nur eine *in factum concepta* gewesen sein.

Klagen *actiones arbitrariae, id est ex arbitrio iudicis pendentes*; darum legen die Institutionen so grosses Gewicht darauf, dass hier dem *iudex* gestattet ist, *ex bono et aequo* den Satisfactionsmodus zu bestimmen. Mit Tatsachen oder auch mit einem scharf präcisirten Recht kommt der Kläger vor Gericht: was er in Folge davon erhalten wird, das hängt einzig ab von dem billigen Ermessen des *iudex*, seinem *arbitrium*²³⁾. Nun steht freilich auch bei den *b. f.* Judicien die Höhe der Condemnation in dem billigen Ermessen des *Judex*; allein, da hier auch die *Intentio* von der Billigkeit beherrscht wird, so tritt jenes nicht so auffallend hervor, und es ist sehr erklärlich, dass man die Wesenheit der *b. f. iudicia* in der Herrschaft der *bona fides* überhaupt und nicht in der Freiheit des *officium iudicis* sah. Man kann fragen, aus welcher innern Ursache die *arbitrariae actiones* einer auf die *aequitas* gestellten *intentio* entbehrten. Keller hat bekanntlich die Ansicht aufgestellt, es sei eine Verbindung von *iudicium* und *arbitrium*, was den Begriff einer *arbitraria actio* ausmache (Civilprocess, § 28). Wäre diese Charakterisirung richtig, so würde sich die Frage sehr einfach erledigen: die *intentio* würde den Judicial-, die Arbitrarclausel den Arbitrarbestandteil der *actio* repräsentiren. Allein das passt besten Falls auf die *actiones in rem* mit *pronunciatio de iure*, sicher aber nicht auf die Mehrzahl der persönlichen *actiones arbitrariae*, bei welchen von einer derartigen Doppelnatur nicht das Mindeste zu entdecken ist. Befriedigende Antwort gewinnen wir aus der Formel der *arbitrariae* selbst. Diese gewährt der Ansicht des Richters über das, was *aequum bonum* ist, Einfluss nur in einer beschränkten Sphäre; sie gibt ihm unter scharf

²³⁾ Ueber die Bedeutung der Worte *arbitratu iudicis* ist zu vergleichen Voigt, *ius naturale* I. S. 615. Dass „*arbitrium*“ in der Formel der *arbitrariae actiones* die „*sententia quae ab arbitro statuitur* (Festus s. h. u.)“ bedeute, ist eine zwar oft gehörte, aber mit dem Inhalt der Quellen ganz unvereinbare Behauptung. Insbesondere wissen dieselben nichts von einem „*arbitrium*“, sondern nur von einem *iussus de restituendo uel exhibendo*.

präcisirten Voraussetzungen die bestimmte Directive auf Bewirkung der Restitution oder Exhibition oder auch auf Condemnation: nur in Bezug auf die individuelle Gestaltung der Restitutions- oder Exhibitionspflicht, auf die Höhe der Condemnationssumme soll sein billiges Ermessen Spielraum haben ²⁴⁾. Vergleichen wir nun damit die Bonaefideiformel und sehen wir, dass hier das *aequum bonum* auch die Entscheidung über Existenz und allgemeine Richtung der Verpflichtung dictirt, so dürfen wir schliessen, dass bei den Arbitrarklagen Gründe vorhanden waren, welche es notwendig oder doch zweckmässig erscheinen liessen, dem Richter jene allgemeine Directive zu geben. Diese Gründe brauchen durchaus nicht überall dieselben gewesen zu sein und waren dies auch in der Tat nicht. Bei den dinglichen Klagen prätorischen Ursprungs — auf die Frage, ob die civilen *actiones in rem* arbiträrlich waren, komme ich unten zurück — liegen sie auf der Hand: wenn der Prätor eine neue dingliche Klage einführen wollte, sei es auch in Anerkennung einer Forderung der *aequitas*, so konnte er weder die Frage, wann der betreffende Anspruch existire, noch die, worauf er im Allgemeinen gerichtet sei, dem billigen Ermessen des Richters überlassen. Ebenso wenig war dies möglich bei der Arbitrarklage aus Interdict und bei der *actio ad exhibendum*, selbst wenn man, was nicht unbedenklich ist, annimmt, dass dieselbe civilen Ursprungs ist ²⁵⁾,

²⁴⁾ Man wird mir nicht Fälle entgegenhalten, in denen die Jurisprudenz trotz nicht erfolgter Restitution u. dgl. auf Grund des „*arbitrio tuo*“ Absolution gestattete, wie z. B. nach fr. 14 § 5 q. m. c. (4. 2), fr. 4 § 1 de eo q. c. I. (13. 4). Denn daraus, dass das *arbitrio tuo* von den Juristen im Interesse der Billigkeit so weit ausgelegt wurde, darf nicht auf den damit ursprünglich verfolgten Zweck geschlossen werden. In dem „*neque ea res arbitrio iudicis restituetur*“ ist die Existenz der Restitutionspflicht so sicher vorausgesetzt, wie in dem „*arbitratu boni uiri uti frui*“ die des *ius utendi fruendi*.

²⁵⁾ Diese Annahme wird in neuester Zeit namentlich von Demelius verteidigt. In dess sind die dafür angeführten Beweise nicht durchschlagend. Das Hauptbeweismittel ist fr. 16 § 1 ict. fr. 16 pr. praescr. uerb.

— eine verständliche Formel dieser Klage ohne ausdrückliche Bezeichnung des Exhibitionszwecks ist gar nicht construierbar. Sollte ferner der *actio quod metus causa* und *doli* die besondere Richtung auf Restitution gegeben werden, so musste diese Richtung in der Formel gewiesen werden, da sonst nach der allgemeinen Tendenz der römischen Delictsklagen die Richtung unmittelbar auf Schadenersatz dem *iudex* sehr wahrscheinlich näher gelegen wäre. Dass endlich bei der *actio de eo q. c. l.* die *stricte intentio* und freie *condemnatio* sich mit einer gewissen Notwendigkeit ergaben, wird nach dem Frühern keines Beweises mehr bedürfen.

Steht es hienach fest, dass man bei den *arbitrarie actiones* sich darauf beschränken musste, dem Billigkeitsurteil des *iudex* Spielraum nur hinsichtlich der Bestimmung des Masses oder der concreten Gestaltung eines in seinen Voraussetzungen und seiner allgemeinen Richtung fixirten Anspruchs zu lassen, so stimmt damit auch der Gebrauch der Formel „*arbitratu tuo*“. Denn gerade für Andeutung dieser besondern beschränkten Absicht sind die Ausdrücke *arbitratu uiri boni*, *arbitratu iudicis* u. dgl. in Rom von den ältesten Zeiten her — ich erinnere nur an das „*arbitros tris dato, eorum arbitrio fructus duplione damnum decidito*“ der 12 Tafeln — in der officiellen Sprache üblich gewesen.

Wir haben das obige Ergebniss aus Vergleichung der Arbitrarformeln mit der Bonäfideiformel gewonnen. Die Vergleichung mit einer andern ebenfalls nahe verwandten Klagen-

(19. 5), wo die *actio ad exhibendum* unter den Begriff *iuris civilis actio* subsumirt wird. Mir scheint indess, dass *ius civile* hier nicht im Gegensatz zu *ius honorarium*, sondern in seinem weitesten Sinne = *ius ciuitatis nostrae* gebraucht ist. Dafür spricht der unmittelbare Uebergang von der Constatirung „*nullam iuris civilis actionem esse*“, zu der Frage, „*an in factum dari debeat*“, und ferner namentlich die Tatsache, dass jener Constatirung durch die Worte „*sed erit de dolo*“ von Pomponius anscheinend entgegengetreten werden will, dass also Pomponius die honorarische *actio doli* gleichfalls zu den *actiones „iuris civilis“* rechnet.

gattung — mit den *actiones in bonum et aequum conceptae* — wird dasselbe bestätigen und präzisieren. In einer Anzahl von Klagformeln wird der *iudex* angewiesen zu condemnieren auf *quantum aequum* oder *quanti bonum aequum uidebitur*, so in der *actio de effusis et deiectis*, wenn „*eo ictu homo liber perisse dicetur*“, ferner nach dem ädilicischen Edict über das Halten wilder Tiere an öffentlicher Strasse, falls durch Zuwiderhandeln „*nocitum homini libero esse dicetur*“, ferner in der *actio iniuriarum* und *de sepulcro violato*, fr. 1 pr. de his qui effud. (9. 3), fr. 42 de aedil. ed. (21. 1), fr. 11 § 1, 17 § 2, 18 pr. de iniur. (47. 10), fr. 34 pr. de O. et A., fr. 3 pr. de sep. viol. (47. 12). Etwas anders war die ebenfalls hieher gehörige Clausel der *actio rei uxoriae* abgefasst, indem hier nicht die *condemnatio*, sondern die *intentio* auf ein *quod* oder *quidquid aequius melius erit reddi* oder ähnlich gestellt war. Offenbar hat die letztere Formel grössere Verwandtschaft mit der Bonäfideiformel, — daher denn auch diese *actio* von den classischen Juristen einfach als *b. f. actio* bezeichnet wird, — während die der erstern Art sich mehr den *arbitrarie actiones* annähern. Worin besteht die besondere Qualification dieser Formeln? Warum geht z. B. die *condemnatio* bei der *actio iniuriarum* auf „*quantum bonum aequum uidebitur*“, bei der *actio de eo q. c. l.* aber auf eine „*arbitratu iudicis*“ zu bemessende Summe? Sollte bei der Wahl der einen oder andern Clausel reine Willkür geherrscht haben? Ich glaube nicht. Prüfen wir nämlich die verschiedenen Arbitrarformeln unter Berücksichtigung der zugehörigen Edicte, so finden wir, dass hier überall dem Richter bestimmte Gesichtspunkte, feste Ziele gesetzt sind, die er nach seinem billigen Ermessen zu verwirklichen suchen soll; er soll Restitution oder Exhibition bewirken, er soll bei der Condemnation das Ortsinteresse berücksichtigen ²⁶⁾. Ein solches festes Ziel

²⁶⁾ Das stand zwar nicht in der Formel, wohl aber im Edict. Cf. S. 60 n. 8.

fehlt bei allen *in bonum et aequum* concipirten Klagen: Leben und Gesundheit des freien Mannes, die unangetastete Ehre, die *religio sepulcri*, das sind nach römischer Anschauung unschätzbare Dinge; und zu fein für die Abschätzung sind auch die mancherlei namentlich moralischen Verhältnisse unter den Ehegatten, deren pecuniäre Würdigung, bis die Höhe der *retentiones dotis* gesetzlich fixirt wurde, dem *arbiter rei uxoriae* oblag²⁷⁾. In solchen Fällen also, wo die Entscheidung ganz unbestimmt auf das subjective Billigkeitsgefühl des Richters gestellt werden musste, scheint man die Clausel *quantum bonum aequum videbitur* und ähnliche angemessen gefunden zu haben. Die Clausel *arbitratu tuo* dagegen ist gewählt worden, wo eine bestimmte Aufgabe vom Richter unter Hinzunahme des billigen Ermessens gelöst werden sollte. —

Ich habe im Bisherigen die Rolle darzulegen versucht, welche nach der Intention der Arbitrarformel dem *officium iudicis* zugedacht ist. Es erhebt sich, nachdem wir so weit gediehen, von selbst die Frage: gehört denn die Arbitrarformel selber notwendig zum Begriffe einer *arbitraria actio*? ist dieser Begriff nicht vielmehr schon dann gegeben; wenn nur das *officium iudicis* bei einer *actio* tatsächlich jene Aufgabe zu lösen hat, mögen auch in der Formel die Worte *arbitratu tuo* fehlen? Wirklich nimmt Cohn (a. a. O. S. 141) an, dass es *actiones arbitrarie* ohne Arbitrarclausel gegeben habe. Die Quellen liefern unmittelbar kein ganz unzweifelhaftes Resultat. An sich kann der Ausdruck *actio arbitraria* gewiss ebenso gut in rein materialem wie in formalem Sinne genommen werden. Auch der Autor des § 31 J. de act. kann sein

„*arbitrarias actiones appellamus, in quibus, nisi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, condemnari debeat*“

ebenso wohl in materialem Sinne wie als Referat über die

²⁷⁾ Czyhlarz, Dotalrecht, S. 335.

Formel gemeint haben. Indess scheint es mir doch, was die sichern *actiones arbitrariae* angeht, mehr als wahrscheinlich, dass sie alle das *arbitratu tuo* in ihrer Formel hatten. Gai. IV. 141 und 163 spricht überhaupt nur von der „*formula, quae arbitraria uocatur*“. Für die *actio quod metus causa* sodann ist die Arbitrarclausel direct bezeugt in fr. 14 § 11 q. m. c. (4. 2) uerb.:

et hoc fit his uerbis edicti: NEQUE EA RES ARBITRIO IUDICIS RESTITUETUR,

eine Stelle, in der offensichtlich „*edicti*“ und „*iudicis*“ für das ursprüngliche „*formulae*“ und „*tuo*“ interpoliert sind. Für die *actio doli* dürfte nach fr. 18 pr. de d. m. (4. 3)

„*arbitrio iudicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur*“,

da mit dem *quoque* ohne Zweifel auf die von Paulus im selben elften Buche seines Edictcommentars behandelte *actio quod metus causa* zurückgewiesen wird, die gleiche Fassung wie für diese anzunehmen sein. Dies wird zwar von Cohn (a. a. O. S. 141 n. †) bestritten, indem dieser Schriftsteller das *comprehenditur* von einem stillschweigend „enthalten sein“ versteht. Allein aus den Wörterbüchern ergibt sich, dass „*comprehendi*“ gerade umgekehrt regelmässig von wörtlich Ausgedrücktem gebraucht wird²⁸⁾, — die Stelle geht daher direct auf den Formelwortlaut²⁹⁾. Wenn ferner von der *actio de eo q. c. l.* in fr. 3 h. t. (13. 4) gesagt wird:

ideo in arbitrium iudicis refertur haec actio, quia etc.,

so wird man nicht umhin können, die Stelle als Motivierung

²⁸⁾ Vgl. z. B. fr. 59 de iudic. (5. 1), fr. 1 pr. ad SC Vell. (16. 1), fr. 1 § 41 depos. (16. 3), fr. 2 de cond. instit. (28. 7), fr. 53. 137 § 7 de V. O. und sonst.

²⁹⁾ Gewöhnlich wird auch fr. 18 § 1 eod. „*non tamen semper in hoc iudicio arbitrio iudicis dandum est*“ auf die Arbitrarclausel gedeutet, als ob diese in dem in der Stelle angegebenen Falle vom Prätor weggelassen worden sei. So schon von Cujaz (ed. Neap. V. p. 149). Mir ist diese Meinung schlechterdings unverständlich; denn „*arbitrio iudicis*“ kann doch

der Formelconception auf „*arbitratu tuo*“ aufzufassen, wie dies denn auch oben geschehen ist. Dessgleichen deutet bei der *actio ad exhibendum* das „*arbitrium iudici ex hac actione commissum*“ — fr. 3 § 13 ad exhib. (10. 4) — auf eine ausdrückliche Formelvorschrift. Bleiben noch die *actio Publiciana*, *Seruiana* und *quasi Seruiana*, bei denen gleich unmittelbare Beweise nicht vorhanden sind, — denn das Vorkommen von Ausdrücken, wie „*cautiones arbitrio iudicis interponendae*“ (in fr. 13 § 5 de pignor.), „*de fructibus arbitrari debet iudex*“ (in fr. 16 § 4 eod.) u. dgl. ist nicht durch ein formelmässiges *arbitratu tuo* bedingt; solche Wendungen finden sich mit Bezug auf fast alle *bonae fidei iudicia*; beispielsweise für die *actio mandati* in fr. 12 § 9, 38 pr. mand. (17. 1). Bedenken wir indess, dass die genannten drei Actionen prätorisch sind, dass der Prätor, um den *iudex* über seine Aufgabe aufzuklären, sich als Mittel nur entweder der Formel oder des Edicts bedienen konnte, so wird es, da wir mindestens im Publicianischen Edict kein Wort über Inhalt und Richtung des *officium iudicis* gesagt finden, gewiss mehr als wahrscheinlich, dass in diesen Formeln das *neque (nisi) ea res arbitrio tuo restituetur* so wenig fehlte wie in derjenigen der *actio quod metus causa*. Hatten hienach alle sichern *actiones arbitrarie* Arbitrarformeln, so scheint mir die Vermutung nicht zu gewagt, dass ohne diese formale Voraussetzung eine *actio*, mochte sie auch in ihrem Wesen den *actiones arbitrarie* durchaus gleich sein, nicht *arbitraria* genannt wurde. Diese Hypothese wird zur Gewissheit durch den Umstand, dass sie und nur sie die Lösung eines Rätsels ermöglicht, an welchem sich

unmöglich als Subject zu dem folgenden *dandum est* gelten, und die Verschlimmbesserung „*arbitrium*“ statt „*arbitrio*“ ist ohne genügenden handschriftlichen Anhalt. In Wahrheit bezieht sich das „*dandum est*“ auf das unmittelbar vorher erwähnte *iusiurandum in litem*, und die Stelle besagt lediglich, dass in diesem *iudicium* nicht immer *arbitrio iudicis in litem* geschworen werden dürfe (über *iusiurandum dare* cf. fr. 5 § 2, 9 § 1 de iureiur.).

zahlreiche und bedeutende Schriftsteller bisher, wie ich glaube, vergebens versucht haben: die Lösung des Rätsels nämlich, warum § 31 J. de act. nur die prätorischen *actiones in rem* als *arbitrariae* aufführt, obwohl in den civilen *actiones in rem* genau ebenso *arbitratu iudicis* restituirt wurde wie in jenen. Die Erklärung liegt einfach darin, dass die civilen keine Arbitrarclausel hatten. Die herrschende Meinung, wonach auch diese Klagen *arbitrariae* gewesen sein sollen, ist mit der Ausdrucksweise des § 31 cit. ganz unvereinbar. Ihre Anhänger suchen gewöhnlich nur zu erklären, warum in dem Beispielsverzeichnis arbitrarischer *actiones in rem* die eine oder andere ursprünglich vielleicht dort genannte *civilis actio* von den Compilatoren gestrichen sein könne, so z. B. Savigny (System V, S. 131) durch die Vermutung, dass „in dem hier excerptirten alten Juristen die *petitoria formula* ganz bestimmt bezeichnet war, welche veraltete Bezeichnung jetzt vermieden werden sollte“. Allein, um von den besondern Gründen ganz abzusehen, welche gegen diesen und andere Notbehelfe sprechen: wenn die herrschende Ansicht richtig wäre, so wären alle *actiones in rem*, mit einziger Ausnahme des *liberale iudicium*³⁰⁾, arbiträr, und rätselhaft wäre dann nicht sowohl das Fehlen der *civiles* in dem Beispielskatalog, als vielmehr die Existenz dieses Katalogs selber, da bei der Allgemeinheit des Satzes die Aufführung von Beispielen ganz sinnlos gewesen wäre. Die Möglichkeit, dass die *civiles* der Arbitrarclausel — ich verstehe darunter hier die ganze Clausel *neque . . . restituetur* — ermangelt haben und aus diesem Grunde nicht arbiträr gewesen seien, ist, soweit ich sehe, bislang noch von Niemandem ins Auge gefasst worden. Und doch fehlt es an jedem ernstlichen Quellenbeweise für die Existenz dieser Clausel bei ihnen. Ein solcher Beweis liegt nicht darin, dass in fr. 35 § 1 de r. u. von einem *arbitrari* des

³⁰⁾ Savigny nennt auch die *actio negatoria* nicht, wohl nur aus Versehen, cf. a. a. O. S. 134 bei n. t.

iudex über *rem restitui* die Rede ist, noch darin, dass nach fr. 68 eod. auch diese Klagen zu denen gehören, „*ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur*“; denn nichts nötigt dazu, diese Stellen auf die Formel zu deuten: wie bereits bemerkt, werden die Ausdrücke *arbitrato iudicis* und *arbitrari* auch bei unzweifelhaft nicht arbitratischen Klagen von den Juristen gebraucht. Ausser diesen beiden Stellen aber hat die herrschende Meinung nichts für sich anzuführen, als die bekannte Formel bei Cicero, in Verr. II. 12:

Si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex iure Quiritium P. Seruilii esse neque is fundus Q. Catulo restituetur

Ich will nun gar kein Gewicht darauf legen, dass hier die entscheidenden Worte *arbitrato tuo* fehlen: sie könnten von Verres (vorausgesetzt, dass die Formel wirklich der Verrinischen Praxis entnommen ist) der sicheren Erreichung seines unredlichen Zweckes halber oder von Cicero der Kürze halber weggelassen sein. Aber die ganze Formel wird ja von Cicero als Monstrosität angeführt³¹⁾, und es ist schlechterdings nicht zu ermitteln, inwieweit sie sich von dem Formular der edictmässigen *rei vindicatio* entfernte. Warum sollte der Beisatz „*neque is fundus restituetur*“ von Cicero oder Verres nicht einer prätorischen Formel entnommen sein können? Lag denn der Gedanke, sich eines Stücks z. B. der Publicianischen Formel zu bedienen, um das Recht der *rei vindicatio* auf den Kopf zu stellen, so ausserordentlich ferne? Und nun erwäge man noch, dass Gaius, der wiederholt von der *formula petitoria* spricht, ihrer arbitratischen Fassung in keiner erhaltenen Stelle Erwähnung tut, und zwar, was hervorzuheben ist, auch da nicht, wo er die entschiedenste Veranlassung dazu hätte. Man lese nur die von der processualen Stellvertretung handelnde Stelle IV. 86.

³¹⁾ Gimmerthal allerdings (a. a. O. S. 7 fg.) hält unsere Formel für die der Publiciana, angestellt vom bonitarischen gegen den quiritischen Eigentümer, und zwar für die genau edictmässige!!

Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam conuertit: nam si uerbi gratia L. Titius (pro) P. Meuius agit, ita formula concipitur: SI PARET N. NEGIDIUM P. MEUIO SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE, IUDEX N. NEGIDIUM L. TITIO SESTERTIUM X MILIA C. S. N. P. A.; in rem quoque si agit, intendit P. MEUII REM ESSE EX IURE QUIRITIUM, et condemnationem in suam personam conuertit.

Cf. auch IV. 87 i. f. Und ebenso heisst es bei der *actio Rutiliana* des *bonorum emptor* (IV. 35):

ex persona eius, cuius bona emerit, sumpta intentione conuertit condemnationem in suam personam, id est, ut, quod illius esset uel illi dari oporteret, eo nomine aduersarius huic condemnetur.

Ist es wahrscheinlich, dass Gaius der Frage, wessen Name in die Restitutionsclausel zu stehen kommt — ob des Stellvertreters ⁸²⁾, bezw. *bonorum emptor*, oder des Principals ⁸³⁾, bezw. Cridars —, gar nicht gedacht hätte, wenn die *formula petitoria* einer solchen Clausel teilhaft gewesen wäre? Machen es nicht vielmehr obige Stellen notwendig, uns diese Formel nur aus *intentio* und *condemnatio* zusammengesetzt zu denken? Und entbehrt diese Annahme etwa der innern Wahrscheinlichkeit? Zur Zeit der Legisactionen entsprach dem Inhalt der dinglichen Formel ein Doppelverfahren: die *legis actio Sacramento in rem*, in der nur die Frage, *cuius ea res sit ex iure Quiritium*, zur Sprache kam, und das *arbitrium litis aestimandae*, das sich seinem Namen nach nur auf die Frage, *quanti ea res sit*, bezog; die Restitutionspflicht kam weder hier noch dort zum formellen Ausdruck. Nichts liegt gewiss näher als der Gedanke, dass in der Formel eben auch nur die beiden

⁸²⁾ So Keller, Civilprocess n. 611.

⁸³⁾ So Bekker, process. Consumption, S. 150.

Formalfragen des alten Processes zum Ausdruck gelangten. Und wer sich nun etwa gerade für den Formularprocess daran stossen sollte, dass nach meiner Annahme das *officium iudicis* bei den civilen *in rem actiones* in so weitem*Umfange durch Vorschriften geleitet wäre, die in der Formel keinen Ausdruck gefunden hätten, — den verweise ich auf die allgemein anerkannte Tatsache, dass bei diesen Klagen (bei den prätorischen ist ein Gleiches mindestens nicht nachweisbar) eine *pronunciatio rem (hereditatem u. dgl.) A' A' esse* stattfand, von deren Notwendigkeit gleichfalls in der Formel nicht das Mindeste zu lesen ist. Diese *pronunciatio* also beruht jedenfalls auf einer anderweiten Vorschrift, entweder Gewohnheitsrecht oder Gesetz, am wahrscheinlichsten auf letzterm, da sich in solchen Dingen nicht leicht Gewohnheitsrechte bilden; warum sollte das gleiche Gesetz — man darf dabei gar wohl an die *lex Aebutia* denken — nicht über das *officium iudicis* überhaupt Bestimmungen getroffen haben? Nach alledem scheint mir die Annahme, dass die civilen *a^{us} in rem* der Clausel *neque ea res etc.* entbehrten und dass die prätorischen sie nur desswegen erhielten, weil die gesetzliche Ordnung des *officium iudicis* sich nicht auf sie erstreckte, den Quellen gegenüber durchaus haltbar, ja wahrscheinlich. Ist dem aber so, so haben wir hier gewiss die einfachste Erklärung der scheinbaren Lücke in der Aufzählung des § 31 J. cit., und da eine andere mögliche Erklärung derselben nicht ersichtlich ist, so macht diese Stelle jene Annahme und damit zugleich den Satz „ohne Arbitrarclausel keine *actio arbitraria*“ unausweichlich notwendig.

IV.

Nachdem wir festgestellt haben, welchen materialen Charakter und welche formale Gestaltung eine *actio* haben muss, um arbiträr zu sein, sind wir im Stande, nunmehr der Frage näher zu treten, welche Actionen ausser den ausdrück-

lich überlieferten wir etwa noch in die Zahl der *arbitrariae actiones* einrechnen dürfen. Da nach dem Obigen hier weder die *civilen actiones in rem* noch die *b. f. actiones* in Betracht kommen* können, so wird sich die Untersuchung auf sehr wenige Klagen beschränken.

Ungenügend zur Begründung des Arbitrarcharakters einer *actio* ist die blosse Tatsache, dass in deren Formel nur überhaupt die Clausel *arbitratu tuo* sich befindet; eine *actio*, bei der irgend ein geringfügiger Nebenpunkt dem *arbitrium iudicis* überlassen ist, ist darum noch nicht selbst arbiträr, so z. B. nicht: die *noxalis iniuriarum actio*, wobei der Herr des schuldigen Sklaven die Wahl hat, ob er die Litisästimation zahlen oder den Sklaven *noxae* dediren oder „*arbitratu iudicis*“ abprügeln lassen will. Fr. 17 § 4 u. 5 de iniur. (47. 10).

Auf der andern Seite ist eine *actio* nicht schon um desswillen arbiträr, weil das *arbitrium iudicis* bei der Entscheidung in sei es auch erheblichen Beziehungen eine Rolle spielt: es darf das formale *arbitratu tuo* nicht fehlen. Daher halte ich für nicht arbiträr insbesondere die *actio redhibitoria*³⁴). Zwar geht aus fr. 31 § 9 de aed. ed. (21. 1):

Pomponius ait, si unus ex heredibus uel familia eius uel procurator culpa uel dolo fecerit rem deteriore, aequum esse in solidum eum teneri arbitrio iudicis....

und fr. 43 § 9 eod.:

Si sub condicione homo emptus sit, redhibitoria [actio] ante condicionem existentem inutiliter agitur, quia nondum perfecta emptio arbitrio iudicis imperfecta fieri non potest....

mit Sicherheit hervor, dass die classischen Juristen dem *arbitrium iudicis* bestimmenden Einfluss auf die Modalitäten der

³⁴) Gewöhnlich wird die angebliche Arbitrarnatur der *redhibitoria* auf fr. 45 de aed. ed. gestützt (Savigny, System V. S. 131 n. m.). Aus dieser Stelle geht aber nur das hervor, dass diese *actio* eine Restitutionsclausel hatte, was nach meinen Darlegungen für unsere Frage ganz unerheblich ist.

resolutio uenditionis einräumten. Allein, wenn ich die ausserordentlich eingehenden Detailbestimmungen ins Auge fasse, welche das ädilicische Edict über die Art und Weise der Redhibition getroffen hat³⁵⁾, so scheint mir kaum zweifelhaft, dass das *arbitrium iudicis* diese Stellung nicht der Formel der *redhibitoria*, sondern einer ausserhalb der Formel vor sich gegangenen gewohnheitsrechtlichen Entwicklung verdankt. Die Aedilen beabsichtigten offenbar — und es liegt dies ganz im Charakter der Zeit, der das ädilicische Edict entstammt —, für die Marktstreitigkeiten ein bis ins Kleinste genau geregeltes Recht zu schaffen und dürften schwerlich eine Ergänzung ihrer Vorschriften *arbitrio iudicis* für wünschenswert gehalten haben. Wenn das *arbitrium iudicis* sich späterhin hier dennoch zur Geltung zu bringen wusste, so hatte dies seine Ursache lediglich darin, dass die ädilicischen Vorschriften sich in der Praxis als nicht ausreichend erwiesen.

Ebensowenig kann ich den Arbitrarcharakter der Teilungsklagen anerkennen. Zwar wird Niemand bestreiten wollen, dass die Adjudication³⁶⁾ überall tatsächlich nach billigem Ermessen des Teilungsrichters erfolgte. Allein die Klagen sind formell nicht arbiträr: kein *arbitratu tuo adiudicato*, sondern ein *quantum adiudicari oportet, adiudicato*, stand in der Formel. Gai. IV. 42.

Mehr lässt sich für den Arbitrarcharakter der *actio aquae pluviae arcendae* anführen³⁷⁾. In materieller Beziehung teilt dieselbe durchaus die Natur der Arbitraractionen. Ihr Zweck ist neben Schadenersatz Restitution — fr. 6 § 6. 22 § 1

³⁵⁾ Fr. 1 § 1. 25 § 9. 45 eod.

³⁶⁾ Nur die Adjudication kann überhaupt hier in Betracht kommen. Denn, wenn bei den *actiones familiae herciscundae* und *communi diuidendo* das *aequum et bonum* für die Condemnation massgebend war, so machte sich darin lediglich die Wirkung des „*quidquid d. f. oportet ex fide bona*“ geltend.

³⁷⁾ Für arbiträr erklären diese *actio*: Zimmern, Geschichte III. S. 212, v. Bethmann-Hollweg, Civ.-Proc. II. S. 287 n. 54.

de aqua (39. 3) —, und für die Art und Weise der Restitution ist einzig massgebende Norm das Ermessen des *arbitrator*. Dagegen fragt sich, ob die Formel die Clausel *arbitratu tuo* enthielt, und wir können diese Frage mit Gewissheit weder bejahen noch verneinen. Allerdings gehören, mit Ausnahme der *actio ad exhibendum*, alle sichern *actiones arbitrariae* unstrittig dem Gebiete des prätorischen Rechts an, und, wenn man für die *actio ad exhibendum* civilen Ursprung in Anspruch genommen hat, so ist das auf Grund sehr anfechtbarer Beweise geschehen³⁸⁾; wohingegen die *actio aquae pluviarum arcendae* unzweifelhaft civil ist. Allein da in der Natur der sogar in Gesetzen gebrauchten Clausel *arbitratu tuo* nichts liegt, was deren Verwendbarkeit in Formeln des Civilrechts in Frage stellen könnte, so scheint mir für die Behauptung, Arbitrarcharacter und civiler Ursprung seien unverträgliche Qualitäten, kein ausreichender Grund vorhanden zu sein und die Frage, ob unsere *actio* arbiträr war, daher eine offene bleiben zu müssen.

Mit grosser Wahrscheinlichkeit dürfen dagegen die *Favianiana*, *Calvisiana* und *Pauliana* den *actiones arbitrariae* beigezählt werden. Es sind diese Klagen der *actio doli* und *metus* nahe verwandt. Wie diese, sind sie prätorischen Ursprungs, haben sie Restitution zum Zweck, welche materiell *arbitrio iudicis* zu geschehen hat, und es trat dieser Zweck in einer besondern Clausel der Formel hervor³⁹⁾, ohne im Detail normirt zu sein: sollte trotz dieser weitgehenden Uebereinstimmung das *arbitratu tuo* ihnen gefehlt haben⁴⁰⁾?

³⁸⁾ Cf. n. 22.

³⁹⁾ Fr. 38 § 4 de usuris (22. 1), fr. 5 § 1 si quid in fraud. (38. 5), fr. 10 § 19—23. 25 § 1 quae in fraud. (42. 8). Letztere Stellen gehören freilich nur dann hieher, wenn die in fr. 10 pr. eod. erwähnte *actio in factum* mit der *actio Pauliana* identisch ist, eine Streitfrage, auf die ich mich hier nicht einlassen kann.

⁴⁰⁾ Erwähnt wird das *arbitrium iudicis* in fr. 1 § 12. 22 si quid in fraud. (38. 5) und in fr. 10 § 20 quae in fraud. cred. (42. 8).

V.

Wenn es uns gelungen ist, die wahren Gattungsmerkmale der *actiones arbitrariae* zu ermitteln, so erübrigt noch die Frage, wie in die Justinianischen Institutionen jene zu enge Definition des Begriffs gelangt ist, welche die einzige⁴¹⁾ haltbare Stütze der herrschenden Meinung bildet. § 31 J. de action. (4. 6) lautet:

Praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio iudicis pendentes, appellamus, in quibus, nisi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, ueluti rem restituat, uel exhibeat, uel soluat, uel ex noxali causa seruuum dedat, condemnari debeat. Sed istae actiones tam in rem, quam in personam inueniuntur. In rem: ueluti Publiciana, Seruiana de rebus coloni, quasi Seruiana, quae etiam hypothecaria uocatur. In personam: ueluti quibus de eo agitur, quod aut metus causa aut dolo malo factum est, item cum id, quod certo loco promissum est, petitur. Ad exhibendum quoque actio, ex arbitrio iudicis pendet. In his enim actionibus et ceteris similibus permittitur iudici ex bono et aequo secundum cuiusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

⁴¹⁾ Fr. 14 § 4 qu. met. c. (4. 2), auf welche Stelle man sich wohl auch berufen hat, ist ohne Beweiskraft. Wenn es hier heisst:

haec autem actio quum arbitraria sit, habet reus licentiam usque ad sententiam ab arbitro datam restitutionem rei . . . facere,

so braucht der Gedanke des Juristen dabei nicht der gewesen zu sein:

„weil das Wesen der *actiones arbitrariae* überhaupt in dieser *licentia* besteht, darum u. s. w.“

sondern Ulpian kann auch haben sagen wollen:

„da hier die Restitution *arbitrio iudicis* erfolgen soll, da also die Fassung der Formel augenscheinlich auf *restitutio durante iudicio* berechnet ist, so u. s. w.“

Eines vor Allem scheint mir bei dieser Stelle gewiss zu sein: dass dieselbe, so wie sie da steht, nicht von einem, mindestens nicht von einem und demselben classischen Juristen geschrieben worden ist. Ihre Zusammensetzung verrät vielmehr auf das Deutlichste die Hand der Justinianischen Redactoren. Höchst verdächtig ist nämlich die zwiefache Definition des Begriffs. Nachdem im Eingang des Paragraphen der Begriff auf das „*nisi arbitrio iudicis actori satisfaciat*“ gestellt worden, hinkt am Schlusse das „*in his enim actionibus etc.*“ mit ganz unerträglicher Schwerfälligkeit nach ⁴²⁾. Ich glaube, man wird kaum anders können als annehmen, dass die Redactoren in der Stelle zwei verschiedene Schriftsteller excerptirt haben. Was dem einen, was dem andern zuzuweisen ist, wird sich nicht leicht feststellen lassen. Gerade die Fehlerhaftigkeit aber der in dem Satze „*in quibus nisi etc.*“ enthaltenen Begriffsbestimmung gibt uns einen brauchbaren Fingerzeig. Ich vermute, dass die Redactoren in einer Institutionenschrift etwa das Folgende vorfanden:

praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio iudicis pendentes, appellamus, quae tam in rem quam in personam inveniuntur. In rem: ueluti Publiciana, Seruiana de rebus coloni, quasi Seruiana, quae etiam hypothecaria uocatur. In personam: ueluti, quibus de eo agitur, quod aut metus causa aut dolo malo factum est, item, quum id, quod certo loco promissum est, petitur. In his enim actionibus et ceteris similibus et rel.

So gereinigt verliert die Stelle alles Auffallende, — auf die Beispiele folgt sehr natürlich mit dem „*in his enim actionibus etc.*“ die nähere Bestimmung der Bedeutung des „*ex arbitrio iudicis pendere*“, und die Stelle entspricht so durchaus dem

⁴²⁾ Daneben mache ich noch auf das breit den Begriff recapitulirende „*ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet*“ aufmerksam, welches sehr nach einem Einschießel aussieht.

richtigen Begriff der *arbitrariae*. Das anstössige Supplement „*in quibus nisi etc.*“ können wir dann auf das einfachste erklären: dasselbe ist entweder wörtlich oder, was noch wahrscheinlicher, im Wege Excerpts einem Orte entnommen, wo gar nicht *ex professo* der Begriff der *arbitraria actio* behandelt wurde, sondern nur gelegentlich von denjenigen Arbitrarklagen die Rede war, welche eine Restitutionsclausel haben und auf die daher das „*in quibus nisi etc.*“ passt. So wie wir uns nach diesem Orte umsehen, geraten wir ganz von selbst auf die leider nur sehr lückenhaft erhaltene Stelle bei Gai. IV. 114, wo der Jurist die Frage in Erwägung zieht, ob und unter welchen Voraussetzungen die Erfüllung *durante iudicio* absolutorische Wirkung habe. Hier muss er von den Arbitrarklagen mit Restitutionsclausel gesprochen haben, wogegen zur Erwähnung der *actio de eo quod certo loco* ganz und gar keine Veranlassung war. Versucht man seinen Gedankengang wiederherzustellen, so ergibt sich der folgende natürliche Zusammenhang. Er hatte zuletzt gesagt, dass bei den *bonae fidei iudicia* auch die Proculejaner die absolutorische Wirkung der Erfüllung anerkennen, *quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis*, und hinzugefügt: *tantundem et de in rem actionibus putant*. In der hier beginnenden Lücke dürfte er zunächst von denjenigen *in rem actiones* gesprochen haben, wo die Antwort auf die Frage sich nicht schon aus der Formel ergibt, nämlich von den civilen, und alsdann zu den arbitratischen übergegangen sein; vielleicht leiteten die lesbaren Worte „*interdum enim*“ eine Bemerkung über die Formel dieser letztern ein. Daran schloss sich naturgemäss der Hinweis darauf, dass es auch derartige *actiones in personam* gebe (die Worte „*sunt etiam in personam tales actiones*“) sind wieder lesbar), und eine Erörterung darüber, welche verschiedene Gestalt die dem Beklagten vom Richter aufzuliegende Satisfaction *in concreto* annehmen könne. Stellt man sich nun vor, dass die Redactoren des § 31 J. cit aus diesem Zusammenhang heraus sich ihr „*in quibus nisi etc.*“ excerptirt

haben — und, dass dies unwahrscheinlich sei, wird schwerlich behauptet werden können —, so ist damit die Ungenauigkeit der im Eingang der Stelle gegebenen Definition vollständig erklärt und unsere Auffassung des Wesens der *arbitrariae actiones* gegen jeden daraus herzuleitenden Einwand gesichert.

Beilage.

Eius, iudex, condemnato.

Seit Huschke's Untersuchungen über die Klagformeln der *lex Rubria* gilt es in der Wissenschaft mit Recht als feststehende Tatsache, dass in den Formeln, deren *intentio* auf „*quidquid dari fieri oportet*“ oder „*quidquid dari fieri oportet ex fide bona*“ gestellt war, die *condemnatio* lautete: *EIUS, IUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO*. Dem von Huschke hiefür gelieferten Beweise habe ich nichts hinzuzufügen. Wohl aber scheint mir einer neuen Untersuchung bedürftig und würdig die Frage zu sein, was diese Worte bedeuten.

Huschke selbst deutet das *eius* augenscheinlich auf den Gegenstand der Condemnation: darauf, *Judex*, verurteile. Denn er rechtfertigt (Gaius S. 232) die Deutung des Buchstabens *E* in den Formeln der *lex Rubria* auf *EIUS* durch den Hinweis auf die Tatsache, „dass man die *condemnatio*, wenn sie *incerta* war, so mit der *intentio* zu verbinden pflegte, dass das, worauf der Richter condemniren sollte, wenn es auch schon in einem Relativsatz ausgedrückt war, doch um der Deutlichkeit willen noch mit einem demonstrativen Ausdruck wiederholt wurde.“ Er will ferner (a. a. O. n. 101) bei Gai. IV. 51, wo die *condemnatio* einer *actio incerta* angegeben wird, vor dem Worte *iudex* das im Manuscript

fehlende *eius* einschieben, weil „sonst gegen die Vorschrift das nicht hinzugefügt“ wäre, „auf was der Richter verurteilen soll“. Diese Auffassung H.'s ist in zwifacher Beziehung anfechtbar. Sie steht einmal in Widerspruch mit der Tatsache, dass in allen uns bekannten Processformeln der Gegenstand der Condemnation nicht in den Genitiv, sondern in den Accusativ gesetzt ist; so heisst es in der *legis actio per manus iniectioem: quod tu mihi iudicatus siue damnatus es sestertium decem milia*; in den *condemnationes* bei Gai. IV. 43. 49. 50 u. sonst: *tantam pecuniam condemna* und *sestertium decem milia condemna* ¹⁾. Dass hier beliebig abgewechselt worden, ist nicht anzunehmen ²⁾. Sodann recapitulirt das *eius* doch offenbar das *quidquid dare facere oportet* der *intentio*; würde also das *eius* den Gegenstand der Condemnation bezeichnen, so hätte der *iudex*, der Regel des Formularprocesses zuwider, nicht auf Geld — Gai. IV. 48 — condemniren können, sondern lediglich auf: *quidquid dare facere oportet*.

Von diesen Einwendungen, die übrigens H. selbst nicht entgangen sind, ist m. E. besonders die zweite geradezu ausschlaggebend. H. freilich scheint dieselbe für zutreffend nur bei einem „*id condemna*“, nicht dagegen bei einem „*eius condemna*“ anzusehen. Er hält es für möglich, „*eius*“ mit „darauf“ zu übersetzen und dennoch bei dem „*eius condemna*“ ein *pecuniam* „hinzuzuverstehen“ ³⁾, und gerade desswegen, meint er, hätten die Römer die Formel nicht auf „*id*“, sondern auf „*eius . . . condemna*“ gestellt. Obwohl diese Ansicht den aus-

¹⁾ In einer Formel, freilich keiner Processformel, kommt der Ablativ vor, nämlich in der *nexi liberatio* bei Gai. III. 174: *quod ego tibi tot milibus condemnatus sum*. Vergleicht man damit die Formel der *manus iniectio*, so scheint es nicht zu gewagt, diesen Ablativ auf eine Ungenauigkeit des Gaius oder seines Abschreibers zurückzuführen.

²⁾ Vgl. Huschke selbst a. a. O. S. 233.

³⁾ A. a. O. S. 233: „Im Gegenteile also müssen wir die Fassung, welche unsere Formeln haben, *EIUS . . . CONDEMNA*, wobei nämlich *PECUNIAM* hinzuzuverstehen ist, für die einzig richtige halten.“

drücklichen Beifall Bethmann-Hollwegs (Röm. Civ.-Proc. II. S. 225 n. 35) gefunden hat und, wenn Schweigen Zustimmung bedeutet, den stillschweigenden vieler Anderer, ist mir dieselbe trotz wiederholter Prüfung dennoch nicht einleuchtend geworden. Wenn mit „*eius*“ der Gegenstand der Condemnation bezeichnet sein soll, woran Huschke doch keinen Zweifel hat, so hat dies *eius* genau den gleichen Sinn wie *id*; so muss der Richter, dem „*eius condemna*“ befohlen ist, condemniren auf „*quidquid te dare facere oportet*“; so enthält also die Doppelvorschrift „*eius condemna*“ und „*condemna pecuniam*“ einen schreienden Widerspruch. Wie so die Vertauschung des Accusativs *id* mit dem Genitiv *eius* uns hier den kleinsten Schritt weiter bringen sollte, ist schlechterdings nicht abzusehen.

Meines Erachtens bleibt gar nichts übrig, als sich nach einer andern möglichen Deutung des „*eius*“ umzusehen. Da es nun eine bekannte, durch jedes Wörterbuch bestätigte Tatsache ist, dass der Genitiv bei *condemnare* auch den Grund der Condemnation enthalten kann, so werden wir mit Notwendigkeit zu der Annahme gedrängt, das *eius . . . condemna* der Formel sei zu verstehen als die Anweisung, wesswegen verurteilt werden soll, d. i. als Anweisung zu verurteilen wegen jedweder von der *intentio* umfassten Verpflichtung. Und es fehlt keineswegs an Gründen, durch welche diese Deutung des *eius* in wesentlichem Masse unterstützt wird.

Zunächst: wenn unser *eius* keinen andern Sinn hätte, als das „*quanti ea res est, tantam pecuniam*“ in verwandten Formeln, so bliebe es ein unlösbares Rätsel, warum die Römer nicht auch in die Formel der *actio incerti in personam* die letztere Clausel eingeführt haben. Denselben Gedanken auf wechselnde Weise auszudrücken, ist ein Verfahren, welches in der officiellen Gesetzes- und Formelsprache durchaus nicht am Platze ist, am wenigsten, wo der eine Ausdruck höchst sachgemäss, der andere der Missdeutung so sehr ausgesetzt

ist wie unser *eius*. Oder wäre sprachlich an einer Formel „*quidquid N^m N^m A° A° dare facere oportet, quanti id (ea res) est, tantam pecuniam condemnato*“ das Geringste auszusetzen⁴⁾? Die Wahrscheinlichkeit spricht also entschieden dafür, dass das *eius* eine andere Function hat.

Hiezu kommt noch: in den Stellen, wo Gaius *ex professo* von der *condemnatio* handelt, hat er überall das Wort *eius* ausgelassen.

IV. 43. *Condemnatio est ea pars formulae, qua iudici condemnandi absoluendique potestas committitur, uelut haec pars formulae: IUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO SESTERTIUM X MILIA CONDEMNA, SI NON PARET, ABSOLUE; item haec: IUDEX, N. NEGIDIUM A. AGERIO DUMTAXAT CONDEMNA, SI NON PARET, ABSOLUITO; item haec: IUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO et reliqua, ut non adiciatur DUMTAXAT*

IV. 51. *Incertae uero condemnatio pecuniae duplicem significationem habet: est enim una cum aliqua praefinitione, quae uulgo dicitur cum taxatione, uelut si incertum aliquid petamus; nam illic ima parte formulae ita est: IUDEX, N. NEGIDIUM A. AGERIO DUMTAXAT SESTERTIUM X MILIA CONDEMNA, SI NON PARET, ABSOLUE.*

Steckte in dem *eius* der Gegenstand der Condemnation, so wäre diese Auslassung ganz unbegreiflich, namentlich in der zweiten Stelle, die speciell von diesem Gegenstande handelt, wesshalb sich denn auch Huschke, wie oben bemerkt, veranlasst gesehen hat, dasselbe eigenmächtig einzuschieben. Vom Standpunkte unserer Deutung aus ist dagegen der Mangel sehr leicht zu verstehen. Denn der Grund des Condemnationsbefehls ist in *demonstratio* und *intentio* schon angegeben;

⁴⁾ In dieser Weise ist z. B. die Formel der *stipulatio Aquiliana* concipirt, cf. § 2 J. quib. mod. obl. (3. 29), fr. 18 § 1 de acceptilat. (46. 4).

das *eius* enthält nichts Neues, sondern versieht bloss dieselbe recapitulirende Function, welche in der *intentio incerta* dem *ob eam rem* mit Rücksicht auf die *demonstratio* zugefallen ist, und, weil es demnach jeder selbständigen Bedeutung entbehrt, so wird es, wo die Condemnation für sich allein ins Auge gefasst wird, als unwesentlich weggelassen, gerade, wie auch bei der Specialerläuterung der *intentio* — Gai. IV. 41 — die Worte *ob eam rem* in der angeführten *intentio incerta* fehlen.

Unsere Deutung des *eius* ist einem naheliegenden Einwande ausgesetzt. Ich meine den aus der allgemeinen Regel
omnium formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est (Gai. IV. 48)

zu entnehmenden. Allerdings nun enthält die Formel der *actio incerti*, wie wir sie verstehen, keine ausdrückliche *aestimatio pecuniaria*. Allein eine solche enthält sie offenbar auch dann nicht, wenn wir das *eius* mit „darauf“ übersetzen; gibt doch Huschke selbst zu, dass zu dem „*eius condemnato*“ ein „*pecuniam*“ ergänzt werden müsse. Es ist sonach klar, dass wir die citirte Regel unter keinen Umständen von einer ausdrücklichen Anweisung zur Geldcondemnation verstehen dürfen, sondern dass das „*ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est*“ nur besagen will, die Fassung aller *condemnationes* sei auf *pecuniaria aestimatio* berechnet. So verstanden trifft nun die Regel gewiss weit besser zu, wenn man in dem *eius* den Grund, als wenn man in ihm den Gegenstand der *condemnatio* sieht. Denn mit blosser Unbestimmtheit der *condemnatio* ist die Vorschrift der *aestimatio pecuniaria* vollkommen vereinbar. Enthält dagegen die Formel die Vorschrift zu condemniren auf „*quidquid N^m N^m dare facere oportet*“, so ist sie ganz und gar nicht „*ad pecuniariam aestimationem*“ concipirt. —

So hätten wir denn in der Formel der *actio incerti* etwas entdeckt, was, soweit ich sehen kann, bislang von Niemandem

für möglich gehalten wurde: eine Formel mit an sich ganz unbestimmtem Condemnationsinhalt, der nur durch die dem Kläger obliegende *taxatio* eine Grenze nach oben erhalten kann. Die Erscheinung ist so merkwürdig, allem sonst Bekannten so sehr entgegen, dass sie erklärt sein will, um geglaubt zu werden. Vielleicht ist aber die Erklärung gar nicht schwer zu finden. Meines Erachtens liegt sie in dem Zweck der *intentio incerta* selbst. Jede andere *intentio* ist darauf berechnet, den geltend gemachten individuellen Anspruch zur Erscheinung zu bringen⁵⁾. Die *intentio incerta* dagegen gibt den concreten Anspruch nicht zu erkennen; sie will nichts sein als ein Rahmen, innerhalb dessen der *in concreto* verfolgte Anspruch Platz hat. Die Gründe, um deren willen gewisse Obligationen dem Gebiete der *intentio incerta* zugewiesen worden sind, sind nicht überall dieselben. Bald ist die Ursache die, dass aus der betreffenden Obligation ein bestimmter Anspruch überhaupt nicht erhoben werden kann, so z. B., wo der Gegenstand einer Stipulation nur der Art nach und dabei ungenau bestimmt ist oder alternativ und der Schuldner die Wahl hat. Bald die, dass dem Kläger die (wegen der Regeln über *plus petitio*) gefährliche Formulierung eines bestimmten Anspruchs billiger Weise nicht zuzumuten ist, so bei den *condictiones sine causa*⁶⁾, da der Anspruch auf die

⁵⁾ Ist darauf berechnet. Mir kommt es hier nur darauf an, den Gedanken klarzustellen, der bei Schöpfung dieser *intentiones* obwaltete. Damit ist sehr wohl vereinbar, dass gewisse Formeln im Wege der Interpretation zur Verfolgung auch solcher Ansprüche brauchbar gemacht wurden, auf die sie ursprünglich nicht berechnet waren, wie z. B. die *formula commodati in factum concepta* zur Verfolgung des Anspruchs wegen Beschädigung der geliehenen Sache. Fr. 3 § 1 *commod.* (13. 6).

⁶⁾ Ich nehme mit der herrschenden Meinung an, dass die *condictio incerti* die *intentio „quidquid d. f. oportet“* hatte. Bekanntlich ist das neuerdings von Bekker (Aktionen I. S. 111 n. 34) und Karlowa (Civilprocess z. Z. der Legisactionen S. 237 fg.) bestritten worden. Bekker formulirt: *s. p. N^m A^o [incertum . . .] dare facere oportere*; aber wie soll man die durch die eckige Klammer bezeichnete Lücke sich *in concreto*

Bereicherung geht und der Kläger nicht zu wissen braucht, inwieweit der Beklagte wirklich noch bereichert ist. Bald die, dass, wie bei den *b. f. obligationes*, aus einer und derselben Obligation so viele und verschiedenartige Ansprüche hervorgehen können, dass die Formelkunde zu einer besondern Wissenschaft geworden wäre, hätte man für jeden dieser Ansprüche besondere Formeln abfassen müssen. Unter allen Verhältnissen aber sehen wir, dass die *intentio incerta* sich mit dem concreten Begehren des Klägers keineswegs notwendig deckt: dieselbe bezeichnet in ihrer Unbestimmtheit das weiteste Mass dessen, was der Kläger aus der Obligation zu fordern berechtigt ist, um demselben auf diese Weise die Verfolgung jedes innerhalb dieser Grenze liegenden Anspruchs zu ermöglichen, — was der Kläger wirklich fordert, das ist eine ganz andere Frage, die aus der *intentio* nicht zu beantworten ist. Hiemit scheint mir nun die Unbestimmtheit der *condemnatio* aufs Engste zusammenzuhängen. Ein *quanti ea res erit* war in einer Formel, welche die abzuschätzende *res* gar nicht bezeichnete, nicht an seinem Platze; liess man den Anspruch unbestimmt, so war es das Natürliche, dass man auch die *condemnatio* nicht näher bestimmte, dass man vielmehr dem Judex nur einfach die Ermächtigung gab, wegen jedweden Anspruchs zu condemniren, den der Kläger auf Grund des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses erheben konnte, und das Weitere dem *officium iudicis* überliess.

Wir dürfen nach dem Bisherigen unsere Deutung des *EIUS CONDEMNATO* als vollkommen gesichert betrachten. Ich

ausgefüllt denken? Karlowa stellt die gleiche *intentio* auf, aber, wie es scheint (S. 240), nur in dem Sinne, dass bei jedem Process an Stelle des unbestimmten *dare facere* die *in concreto* beanspruchte Leistung (z. B. *stipulationem acceptam facere*) getreten wäre. Ich wüsste nicht, warum man eine solche Klage *condictio incerti* genannt haben sollte. Mir scheint der im Text angegebene Grund entscheidend für die gewöhnliche *intentio incerta* zu sprechen.

habe dies Ergebniss für die Reconstruction der *condemnatio* der *actio de eo quod certo loco* verwertet und gezeigt, dass die Geschichte dieser Klage nur bei Annahme einer ebenfalls unbestimmten *condemnatio* befriedigend erklärt werden kann. Es ist unser Resultat aber auch noch in anderer Beziehung nicht ohne Belang: wir gewinnen nämlich dadurch neuen Aufschluss über die Rolle, welche das *officium iudicis* im *bonae fidei iudicium* zu spielen vermochte. Die Formel der *actio incerti* setzte, wenn man von der dem Kläger obliegenden *taxatio condemnationis* ⁷⁾ (Gai. IV. 51. l. Rubr. c. XX) absehen will, dem *officium iudicis* so gut wie gar keine Schranken. War so anscheinend der richterlichen Willkür Tür und Tor geöffnet, so war die wirkliche praktische Folge vielmehr die, dass Gewohnheitsrecht und Wissenschaft in Normirung des *officium iudicis* freie Hand erhielten. Diese Freiheit wurde hinsichtlich der *condictio incerti* von der ältern Jurisprudenz unter dem Einfluss des Rechts der *condictio certi* dazu benutzt, dem *officium iudicis* die bekannten engen Fesseln anzulegen, deren es sich späterhin nur zum Teil wieder zu entledigen vermochte. Bei den *bonae fidei iudicia* dagegen wurde der Wortlaut der Formel mit richtigem Takte im Interesse des *aequum et bonum* ausgebeutet:

*in bonae fidei iudiciis libera potestas permitti uidetur
iudici ex aequo et bono aestimandi, quantum actori restitui
debeat.* (§ 30 J. de action. 4. 6.)

Das hatte die wichtigsten Konsequenzen. Da die Formel in dem „*quidquid d. f. oportet ex fide bona, eius*“ nur den Grund der Condemnation angab, die Feststellung der Condemnationssumme aber dem richterlichen *arbitrium* überliess, so war dem *iudex* die Möglichkeit gewonnen, bei dieser Feststellung

⁷⁾ Ob solche übrigens bei *b. f. iudicia* überhaupt stattfand, ist zweifelhaft. Soweit der Kläger im *b. f. iudicium* das Recht des *iusiurandum in litem* hatte, dürfte die Frage zu verneinen sein. Fr. 18 pr. de d. m. (4. 3), fr. 4 § 2 de in lit. iur. (12. 3), c. 4 de act. empt. et uend. (4. 49) und Huschke, Anal. litter. p. 269.

die Grenzen einer blossen Abschätzung des Streitgegenstands zu überschreiten, sowohl nach oben, wie nach unten. Nach oben: er konnte zu dem Wert des *dare facere oportere* Verzugszinsen hinzurechnen, obwohl diese nicht *in obligatione* sind; er konnte den Kläger *in litem* schwören lassen u. s. w. Nach unten: er konnte Gegenforderungen des Beklagten von dem Condemnationsbetrage, der sich ohnedies ergeben hätte, abziehen, *compensationis rationem habere*. Ja selbst der Satz „*exceptio doli bonae fidei iudiciis inest*“, mit dessen Bedeutung ich mich an andern Orte beschäftigt habe ⁸⁾ und den ich dort nur aus einer Ueberwindung des Formelwortlauts durch das *officium iudicis* erklären zu können glaubte, erscheint nunmehr lediglich als die äusserste Ausnutzung der durch jenen Wortlaut selbst gewährten Freiheit: wem es gestattet ist, nach seinem Ermessen auf unendlich wenig zu verurteilen, dem wird schwerlich die Befugniss bestritten werden können, wo er es angemessen findet, auch ganz freizusprechen ⁹⁾.

⁸⁾ Ursprung und Wirkung der Exceptionen, S. 69 fgg.

⁹⁾ Ich halte auch jetzt noch fest an meiner a. a. O. verteidigten Auffassung, wornach der im Text besprochene Satz den römischen Juristen nicht als Ergebniss der Interpretation der *intentio* galt, sondern besagen wollte, es habe der *bonae fidei iudex* kraft seines *officium* so zu urteilen, als ob *exceptio doli* inserirt wäre (man vergleiche über diese Bedeutung des *in esse* fr. 4 § 3 de pactis). Die Behauptung, dass dieser Satz mit dem honorarischen Charakter der Exceptionen wohlverträglich sei, hat neuerdings Widerspruch gefunden bei Wach in dessen Ausg. von Kellers Civilprocess n. 378. Es sei mir gestattet, über diese Frage hier ein Wort beizufügen. Wach's Bemerkungen veranlassen mich nicht zu einer Aenderung meiner Ansicht, wohl aber zu folgender, wie ich glaube, schärferen Begründung derselben: der *iudex*, der auf Grund unseres Satzes absolvirt, absolvirt in Wahrheit nicht auf Grund einer *exceptio* (ich hatte früher gesagt, er absolvire auf Grund einer unformulirten, subintelligirten *exceptio*, — das ist schief), sondern lediglich auf Grund seines *officium*, und eben, weil dem so ist, ist der ganze Satz unerheblich, wo es sich um die Feststellung des Charakters der Exceptionen handelt.

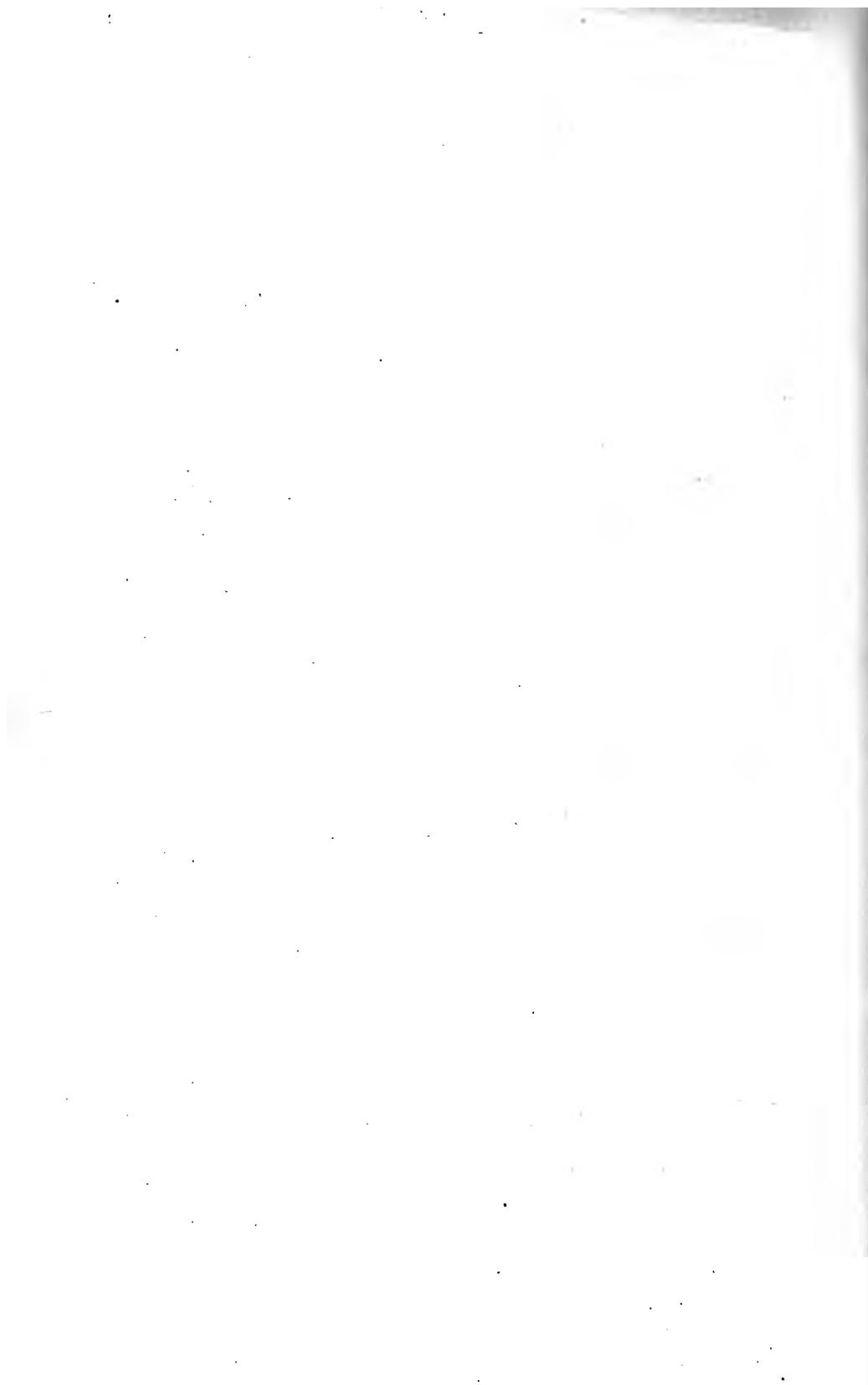
Der Streit über die Möglichkeit oder Unmöglichkeit von *exceptiones civiles* ist übrigens, wenn man genauer zusieht, lediglich ein Streit über

die Bedeutung, welche die Römer dem Ausdruck *ius honorarium* beilegen. M. E. ist ihnen *ius honorarium* jeder Rechtssatz, der formell nur durch die *tuitio praetoris* zur Wirksamkeit gelangt, ganz einerlei ob der Prätor dabei *proprio motu* handelt oder auf Antrieb von Gesetz, Senatusconsult u. dgl. Die Gegner ihrerseits glauben, dass die Römer letzternfalls den betreffenden Rechtssatz zum *ius civile* rechneten; danach wären dann z. B. der Universalfideicommissar, der *bonorum possessor quibus ex legibus* (Dig. 38. 14) u. s. w. nicht honorarische Successoren, sondern civile. Ist nun das Gegenteil sicher — und es ist sicher, fr. 24 § 1 fam. erc. (10. 2), fr. 2 § 19 pro emt. (41. 4) —, so weiss ich nicht, mit welchem Rechte man die Exceptionen, *quae ex legibus substantiam capiunt*, mit dem Namen Civilexceptionen belegt. Dieser rein terminologische Streit ist indes für die Einsicht sowohl in die historische Entstehungsweise der Exceptionen wie in ihre praktische Bedeutung so ganz und gar unerheblich, dass er billig auf sich beruhen könnte.



Inhaltsverzeichnis.

	Seite
Das Publicianische Edict. Ein Versuch zu dessen Reconstruction.	
I. Die Corruptionsspuren im überlieferten Text	1
II. Das Edict Ei qui bona fide emit	12
III. Dies Edict das einzige zum Schutze der b. f. possessio erlassene	23
IV. Das Edict Si quis id quod mancipatur	27
V. Der Commentar Ulpian's zu diesem Edict	34
VI. Die Ursache der Fälschung. Erklärung der Verschiedenheit der Tragweite der beiden Edicte	42
VII. Die Formel	45
Die Formel der s. g. actio de eo quod certo loco und das Wesen der actiones arbitrarie.	
Vorbemerkung	55
I. Unmöglichkeit eines iussus de restituendo bei der actio de eo q. c. l.	56
II. Ihre Formel	63
III. Das Wesen der actiones arbitrarie	79
IV. Weitere actiones arbitrarie ausser den als solche überlieferten?	93
V. Erklärung der fehlerhaften Definition in § 31 J. de act.	97
Beilage. Eius, iudex, condemnato	101





Verlag von FERDINAND ENKE in Stuttgart.

Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, herausgegeben von **Bernhöft**, Dr. Franz, o. ö. Prof. a. d. Universität Rostock, und **Cohn**, Dr. Georg, Doc. a. d. Universität Heidelberg. Erscheint vom Jahre 1878 an.

Per Band von 30 Bogen 12 M.

Gengler, Prof. Dr. H. G., **Codex juris municipalis Germaniae medii aevi**. Regesten und Urkunden zur Verfassungs- und Rechtsgeschichte der deutschen Städte im Mittelalter. I. Band. Lex.-8. 1867. 14 M.

Goldschmidt, Geh. Justizrath Prof. Dr. L., **Handbuch des Handelsrechts**. I. Band, enthaltend die geschichtlich-literarische Einleitung und die Grundlehren. Zweite völlig umgearbeitete Auflage. gr. 8. 1875. geh. 14 M.

Huschke, Geh. Justizrath Prof. Dr. in Breslau, **Das Recht der publicanischen Klage** mit Beziehung auf das in Aussicht stehende allgemeine deutsche Civilgesetzbuch. gr. 8. 1875. geh. 2 M. 40.

Keyssner, Hugo, Kammergerichtsrath, **Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch** nach Rechtsprechung und Wissenschaft erläutert und herausgegeben. 8. 1878. geh. 9 M.

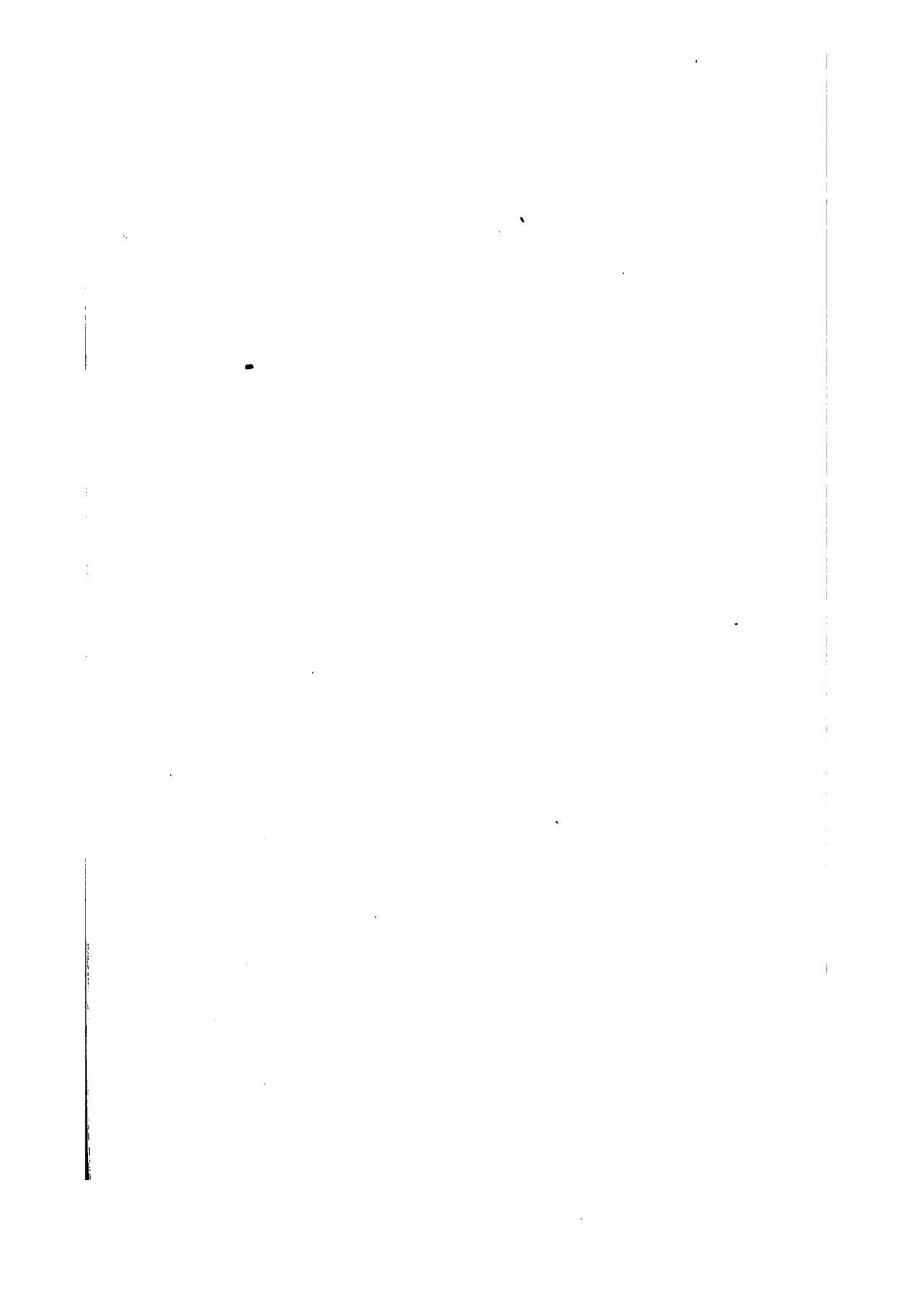
Lastig, Prof. Dr. G., **Entwicklungswege und Quellen des Handelsrechts**. 1878. 8. geh. 10 M. 80 Pf.

Römer, Dr. R., Reichs-Oberhandelsgerichtsrath, **Abhandlungen aus dem römischen Recht, dem Handels- und Wechselrecht**. Mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichs-Oberhandelsgerichts. Erstes Heft. 8. 1877. geh. 4 M. 80.

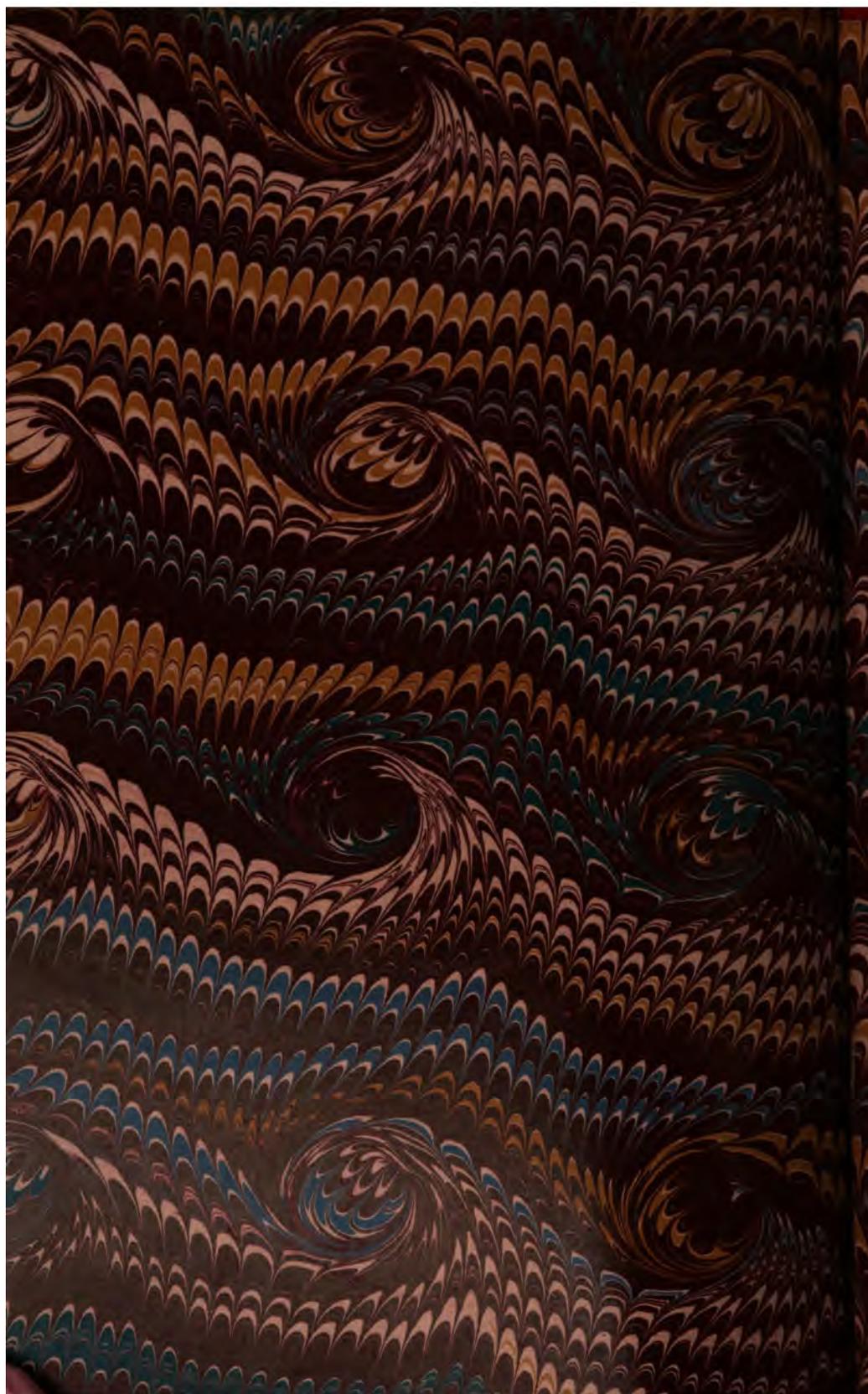
Wächter, Dr. Oskar, **Das Autorrecht** nach dem gemeinen deutschen Recht systematisch dargestellt. gr. 8. 1875. 9 M. 20.

— — **Das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, Photographien und gewerblichen Mustern**. Nach dem gemeinen deutschen Recht systematisch dargestellt. 8. 1877. 8 M.











HARVARD LAW LIBRARY

*Gift of
John Chipman Gray*

RECEIVED

APR 6 1933